





# **METODOLOGÍAS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA**

## **COMITÉ EDITORIAL**

**Carolina Moreno Velásquez,**

Facultad de Derecho,  
Universidad de los Andes  
(directora de la colección)

**Diana Quintero Mosquera,**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,  
Universidad ICESI

**Esteban Hoyos Ceballos,**

Escuela de Derecho, Universidad EAFIT

**Jorge González Jácome,**

Facultad de Derecho,  
Universidad de los Andes

**Lina Fernanda Buchely Ibarra,**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,  
Universidad ICESI

**María Carolina Olarte Olarte,**

Facultad de Derecho,  
Universidad de los Andes

**Norberto Hernández Jiménez,**

Facultad de Derecho,  
Pontificia Universidad Javeriana

# **METODOLOGÍAS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA**

EXPERIENCIAS Y DESAFÍOS  
DEL OFICIO DE INVESTIGAR  
EN DERECHO

**Antonio Barreto Rozo**  
**Eleonora Lozano Rodríguez**  
(edición académica)

Nombre: Barreto Rozo, Antonio Felipe, edición académica, autor. | Lozano Rodríguez, Eleonora, edición académica, autora. | Perafán Liévano, Betsy Yadir, autora. | Amaya González, Renata, autora. | López Sterup, Henrik, autor. | Giraldo Bustamante, Carlos Julio, autor. | Romero Vivas, Eliana Fernanda, autora. | Posada Maya, Ricardo, autor. | González Jácome, Jorge, autor. | Pelacani, Gracy, autora. | Moreno Velásquez, Carolina, autora. | Ramírez Bustamante, Natalia, autora. | Santamaría Uribe, Nicolás Sebastián, autor. | Ariza Higuera, Libardo José, autor.  
Título: Metodologías de investigación jurídica : experiencias y desafíos del oficio de investigar en derecho / Antonio Barreto Rozo, Eleonora Lozano Rodríguez (edición académica).  
Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2021. | 308 páginas : ilustraciones ; 17 x 24 cm.  
Identificadores: ISBN 9789587981803 (rústica) | 9789587981810 (electrónico)  
Materias: Investigación jurídica | Metodología de la investigación jurídica | Metodología en derecho  
Clasificación: CDD 340.072-dc23

SBUA

Primera edición: octubre del 2021

- © Antonio Felipe Barreto Rozo y Eleonora Lozano Rodríguez, edición académica  
© Betsy Yadir Perafán Liévano, Renata Amaya González, Henrik López Sterup, Carlos Julio Giraldo Bustamante, Eliana Fernanda Romero Vivas, Ricardo Posada Maya, Jorge González Jácome, Gracy Pelacani, Carolina Moreno Velásquez, Natalia Ramírez Bustamante, Nicolás Sebastian Santamaría Uribe, Libardo José Ariza Higuera  
© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes  
Carrera 1.ª n.º 18A-12  
Bogotá, D. C., Colombia  
Teléfono: 601 3394949, ext. 2133  
<http://ediciones.uniandes.edu.co>  
<http://ebooks.uniandes.edu.co>  
[infeduni@uniandes.edu.co](mailto:infeduni@uniandes.edu.co)

ISBN: 978-958-798-180-3  
ISBN e-book: 978-958-798-181-0  
DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.471>

Corrección de estilo: Alejandra Muñoz Suárez  
Diagramación: Nancy Patricia Cortés  
Diagramación de cubierta: Angélica Ramos  
Imagen de cubierta: Michael Schwarzenberger en Pixabay:  
<https://pixabay.com/es/photos/cubos-de-madera-a-b-c-cubos-letras-473703/>

Impresión:  
Imageprinting Ltda.  
Carrera 27 n.º 76-38  
Teléfonos: 601 631 1350 - 601 631 1736  
Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

# CONTENIDO

|                                                                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| EL RETO DE HACER INVESTIGACIÓN JURÍDICA                                                                                                                | 9   |
| <b>EL OFICIO (METODOLÓGICO) DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA</b>                                                                                           |     |
| LA MOTIVACIÓN PARA INVESTIGAR: MÁS ACÁ DEL DILEMA DE LOS MÉTODOS<br>Betsy Perafán Liévano                                                              | 23  |
| LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU ESTRUCTURA: UNA PROPUESTA METODOLÓGICA PARA PENSAR E INVESTIGAR COMO PROFESIONAL DEL DERECHO<br>Renata Amaya González   | 47  |
| REFLEXIONES EN TORNO A UN PROCESO DE INVESTIGACIÓN FALLIDO<br>Henrik López Sterup                                                                      | 73  |
| <b>METODOLOGÍAS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA:<br/>MIRADAS INTERDISCIPLINARIAS (PRIMER MOMENTO)</b>                                                        |     |
| LA DOGMÁTICA: LA FORMA DE SIMPLIFICAR LA REALIDAD Y PODER EXPLICARLA A OTROS<br>Carlos Julio Giraldo Bustamante<br>Eliana Fernanda Romero Vivas        | 103 |
| INVESTIGACIÓN DOGMÁTICA PARA LA PRÁCTICA:<br>UNA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DESDE EL SISTEMA JURÍDICO PENAL EN EL SIGLO XXI<br>Ricardo Posada Maya | 129 |

|                                                                                                                                                         |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| EXPERIENCIAS Y DESAFÍOS METODOLÓGICOS DEL ANÁLISIS<br>ECONÓMICO DEL DERECHO: EL CASO DE LA TRIBUTACIÓN<br>COLOMBIANA<br>Eleonora Lozano Rodríguez       | 157 |
| EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: MÁS ALLÁ DEL PRECEDENTE JUDICIAL<br>Jorge González Jácome                                                                  | 179 |
| EL TIEMPO COMO ASUNTO DE MÉTODO EN LA HISTORIA<br>DEL DERECHO: ANÁLISIS DE LA CRONOLOGÍA DE OLEADAS<br>TEMPORALES<br>Antonio Barreto Rozo               | 199 |
| <b>METODOLOGÍAS DE INVESTIGACIÓN SOCIOJURÍDICA:<br/>MIRADAS INTERDISCIPLINARIAS (SEGUNDO MOMENTO)</b>                                                   |     |
| EL FENÓMENO MIGRATORIO: LA CONSTRUCCIÓN DE UNA<br>"REALIDAD MÁS REAL" DESDE LA EDUCACIÓN EXPERIENCIAL<br>Gracy Pelacani<br>Carolina Moreno V.           | 223 |
| LA ENTREVISTA COMO TÉCNICA PARA LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA<br>Natalia Ramírez Bustamante<br>Nicolás Santamaría Uribe                                     | 245 |
| OBSERVANDO A TRAVÉS DE LOS BARROTES: LA<br>INVESTIGACIÓN-ACCIÓN Y LOS LÍMITES DEL ACTIVISMO<br>JURÍDICO EN EL CAMPO PENITENCIARIO<br>Libardo José Ariza | 271 |
| SOBRE LOS AUTORES                                                                                                                                       | 301 |



## El reto de hacer investigación jurídica\*

Antonio Barreto Rozo  
Eleonora Lozano Rodríguez

Son numerosas las publicaciones que se refieren a la metodología en el campo jurídico, esto es, sobre *cómo* se aplican distintas técnicas y herramientas para adelantar investigaciones de derecho y de ciencias sociales en general. Pero, sin lugar a dudas, son muchos más los textos de derecho preocupados por la discusión directa de contenidos, esto es, por el *qué* o por el debate de la materia o tema específico tratado. Ante el evidente predominio bibliográfico del *qué* sobre el *cómo*, varios profesores y profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes decidimos emprender el presente proyecto para interrogarnos sobre *cómo* realizamos, aprendemos y reflexionamos acerca de las investigaciones que componen nuestras propias agendas académicas, incluyendo las dimensiones teóricas, prácticas y éticas allí presentes. De este modo, este libro se ubica en el primer universo mencionado, el de las formas metodológicas que suelen acompañar —consciente o inconscientemente— las investigaciones en derecho.

Un par de advertencias antes de continuar con esta introducción. La primera es que este libro no es un manual. O, mejor dicho, no es *solo* un manual. El lector en efecto podrá leerlo *como si fuera* un manual, a saber, como una guía que da pistas sobre aspectos básicos que se deben tener en cuenta para adelantar una investigación jurídica. Pero es mucho más que eso. Es un libro *de* investigación en su genuina comprensión, que busca no solamente debatir *sobre* la investigación, sino, más que ello, comprender

\* Para citar este artículo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.472>

y reflexionar *por qué* hacemos investigación en derecho como sujetos y como colectividad en puntos, aspectos y contextos tan diversos y, al mismo tiempo, tan frecuentemente relacionados. Preguntarnos por los propósitos de nuestras investigaciones nos debe llevar a comprender en el día a día que, en realidad, no nos encontramos *sobre* el objeto de investigación, sino que vamos *con* él hacia planos conocidos y desconocidos. “Únicamente cuando hemos entendido lo *que* estamos haciendo y *por qué*, podremos saber *cómo* hacerlo bien”<sup>1</sup>. Tampoco es un manual debido a que tiene un impulso de análisis más misceláneo que exhaustivo, más de bricolaje que de una enciclopedia total y absolutamente organizada.

La segunda precaución tiene que ver con el carácter multifacético, interdisciplinario y transformador que, a nuestro juicio, debe acompañar a la buena investigación jurídica. Por eso —y deliberadamente— este libro no refiere a *la* metodología, sino a *las* metodologías jurídicas de investigación. Más que un dilema fatal entre lo cualitativo y lo cuantitativo, entre lo dogmático y la crítica a lo dogmático, entre la teoría y la práctica —por citar solo algunos frentes en los que, con distintos sesgos, aparecen preocupaciones similares que ven estas orillas, muchas veces innecesariamente, como alternativas incompatibles—, preferimos hablar de aproximaciones/metodologías/métodos mixtos o híbridos en el oficio de la investigación en derecho. En lugar de caer en la “guerra de paradigmas”<sup>2</sup>, en este libro intentamos mostrar visiones metodológicas mezcladas, concretas y aplicadas —incluso, multisituadas— en terrenos jurídicos y extrajurídicos donde la pregunta reflexiva del *por qué* y el *cómo* se investiga resulta siempre pertinente. Este esfuerzo no consiste simplemente en *dominar* ciertas técnicas o herramientas metodológicas —como si fueran una caja de herramientas utilizable o desechable a voluntad—, sino en crear y hacer factibles horizontes de investigación que en últimas permitan la transformación de nuestras propias formas de vida. En efecto, *quiénes somos* y *qué tanto* estamos dispuestos a preservar y a cambiar a lo largo de nuestras investigaciones forma parte esencial de una aproximación metodológica genuinamente ética y comprometida.

Para nadie es un secreto que los tiempos actuales son difíciles. En el ámbito de la investigación, entre otros temas, ello se ha traducido en un preocupante y creciente desprecio por la evidencia en el debate público —evidencia, por supuesto, producto de la investigación—. En este enraizado contexto quienes emprendemos investigación en derecho tenemos una responsabilidad de particular importancia. Así, por ejemplo, en el mundo actual de la revolución digital y de la inteligencia artificial, ya no solo se habla de la “verdad” de las cosas —entre ellas, ciertamente, las

1 Martin Packer, *La ciencia de la investigación cualitativa* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2013), 3.

2 Véase Nathaniel Lees Gage, “The paradigm wars and their aftermath: A ‘historical’ sketch of research on teaching”, *Educational Researcher*, 18 n.º 7 (octubre 1989), 4-10.

investigaciones académicas—, sino de la “posverdad”<sup>3</sup> de los fenómenos, un cambio de coordenadas que, quiérase o no, impacta hondamente el oficio de la investigación jurídica. Bajo este desafiante contexto este libro también puede comprenderse como un aporte que busca hacerse a mejores planos e instrumentos para leer —en sentido amplio— la compleja y moviediza realidad que hoy nos toca vivir.

\* \* \*

En la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes llevamos varios años cuestionándonos sobre la mejor forma para desarrollar en nuestros estudiantes habilidades y competencias en investigación, desde el nivel más básico del pregrado hasta el más avanzado —y escenario natural para la investigación— de doctorado.

Al hacer una revisión de los programas del pregrado es evidente que la gran mayoría de estos incluyen dentro de sus objetivos que los estudiantes sean capaces de buscar información —oportuna, relevante y suficiente— para su análisis crítico y la resolución de problemas, cualquiera sea el área de enseñanza del derecho. También en las versiones interdisciplinarias de aprendizaje, la investigación desempeña un papel fundamental.

Es así como dentro de los objetivos de la Facultad de Derecho se encuentran aquellos ligados a la “investigación jurídica” donde se espera que los estudiantes logren: (1) enfrentar retos de aprendizaje de manera autónoma; (2) buscar y obtener información pertinente y suficiente para su sistematización y análisis con fines de descripción, crítica y aplicación; (3) elaborar y desarrollar proyectos de investigación; y, (4) integrar las diferentes áreas del derecho y aproximarse a este y a la realidad social desde diversas perspectivas del conocimiento.

También, desde la Escuela de Posgrados, hemos pensado en la necesidad de generar destrezas investigativas tanto en los programas que la normativa ha denominado de “profundización” como en aquellos de “investigación”. Es común, por ejemplo, que en las especializaciones se desarrollen talleres *problem based learning* (PBL), en los que, de manera colectiva, los estudiantes, frente a una situación fáctica compleja, formulan problemas jurídicos, investigan para resolverlos y llegan a conclusiones grupales.

Es más, recién expedida la normativa tuvimos en la facultad interesantes y apasionadas discusiones frente a la diferencia entre los trabajos

3 Para los Diccionarios Oxford la palabra del 2016 fue la *posverdad* (*post-truth*), como un neologismo que denota una realidad en la que los hechos objetivos tienen menos influencia en la formación de opinión pública que las apelaciones a las emociones y a las creencias personales de las respectivas audiencias. Véase Oxford word of the year 2016, Oxford Languages. <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/#:~:text=After%20much%20discussion%2C%20debate%2C%20and,to%20emotion%20and%20personal%20belief>

de grado que se persiguen en cada una de las maestrías. Revisando la que regula estos programas, se esperan dos tipos de trabajos de grado diferentes, al definir que, para optar al título de programas de maestría “en profundización”, el estudiante debe desarrollar un “trabajo de *investigación* que podrá ser en forma de estudio de caso, la solución de un problema concreto o el análisis de una situación en particular” (cursiva fuera de texto); mientras que para aquellos de “investigación” se espera “el desarrollo de conocimientos, actitudes y habilidades científicas y una formación avanzada en *investigación*, innovación o creación que genere nuevos conocimientos [...]” (artículo 2.5.3.2.6.4. Programas de Maestría, Decreto 1330 del 2019). Así, pareciera existir en la norma una especie de “gradación” en cuanto al nivel de investigación requerido según el tipo de programa, lo que para algunos profesores no tiene mayor sentido pues en últimas los estudiantes desarrollan un proceso de investigación en uno u otro escenario.

En la práctica, en las maestrías de profundización, existen seminarios de trabajo de grado, que preparan a los estudiantes para desarrollar sus estudios de caso o resolución de problemáticas dentro de su proceso investigativo, a partir del uso de los métodos de las ciencias sociales como también de aquellos propios de la disciplina jurídica.

Evidentemente, en nuestros programas de investigación, maestría y doctorado en derecho, la investigación persigue la generación de nuevo conocimiento, para lo cual el acompañamiento desde el inicio de los tutores y comités asesores de tesis en estos programas resulta esencial. Además, los estudiantes van debatiendo sus avances en espacios académicos como los coloquios, donde a partir del diálogo constructivo se va enriqueciendo su proceso de investigación.

Desde hace varios años habíamos tenido el sueño de contar con una especie de “manual” de metodología jurídica. Dialogando con nuestros colegas surgió una mejor idea: emprender una obra colectiva en la que nuestra diversa comunidad académica relate sus “experiencias metodológicas” al abordar los grandes debates jurídicos en sus investigaciones. Hoy estamos muy contentos y satisfechos de presentar estas diferentes, pero nutridas, aproximaciones metodológicas.

\* \* \*

En los textos que se publican en esta obra, el lector encontrará un hilo conductor construido alrededor del empleo creativo de variadas metodologías de investigación jurídica. El libro se encuentra dividido en tres partes: (1) “El oficio (metodológico) de la investigación jurídica”, (2) “Miradas interdisciplinarias a las metodologías de investigación jurídica (primer momento)”, y (3) “Aproximaciones interdisciplinarias a las metodologías de investigación sociojurídica (segundo momento)”. En la primera parte,

los aportes de Betsy Perafán Liévano, Renata Amaya González y Henrik López Sterup plantean, desde su experiencia académica personal, la discusión sobre los grandes retos que implica trazar los referentes metodológicos de cualquier investigación en derecho. La motivación para investigar, la argumentación y la estructura de la agenda de investigación a ser seguida y los buenos (y malos) problemas de investigación que estimulan (o desestimulan) un buen proyecto investigativo son materias —propias del oficio metodológico de investigar— que son exploradas en detalle aquí. En el título de esta primera parte lo “metodológico” es puesto entre paréntesis como estrategia para resaltar el carácter reflexivo, no siempre visto, que lleva consigo la pregunta por los métodos.

En el primer capítulo, mediante la discusión del libro *Más allá del dilema de los métodos: la investigación en ciencias sociales* (Elssy Bonilla y Penélope Rodríguez), Betsy Perafán Liévano se pregunta por la dificultad de que el sujeto y los equipos de investigación en realidad tengan el entusiasmo y la motivación suficientes para acercarse con tino a la realidad social examinada. Aun cuando estudiantes, docentes e investigadores en general no tienen dificultad para comprender métodos como el cualitativo y el cuantitativo y las tensiones allí presentes, la mayoría de ellos carecen de motivación y curiosidad para enfrentar los obstáculos que siempre surgen cuando las metodologías trazadas aterrizan en el trabajo de campo. Acudiendo a experiencias propias de investigación enfocadas especialmente en el ámbito de la educación ciudadana, se plantea la necesidad de ver *más acá* los métodos de investigación, no tanto para debatir si las ventajas o desventajas de los métodos subyacen en ellos como tal, sino —como un asunto menos explorado— si más bien están en la forma como nos aproximamos a ellos, por ejemplo, al usarlos de modo rutinario, acrítico, irresponsable y abiertamente desmotivado.

El segundo capítulo parte también del planteamiento de experiencias personales de investigación, esta vez para rastrear y explorar el sentido de hacer investigación en derecho. Con miras en este referente, Renata Amaya González busca responder el interrogante de *qué significa pensar como abogada* cuando se emprenden proyectos de investigación de diverso tipo. Exponiendo sus vivencias investigativas alrededor de sus dos pregrados —en derecho y antropología—, su maestría, su doctorado o como docente —en particular de la clase Argumentación 1, Lógica y Retórica—, entre otros frentes, consolida su aporte desde la autorreflexión de preguntas como las siguientes: ¿qué metodologías he utilizado en mis investigaciones? ¿Cuáles temáticas he analizado con esas metodologías? ¿Qué ventajas y qué limitaciones o desafíos he afrontado al aplicarlas? Al poner énfasis en la necesidad de siempre explicitar los sesgos de los que se parte en el momento de investigar, su tesis se orienta a poner en evidencia que, si bien las ciencias sociales —y entre ellas el derecho— comparten preocupaciones y estrategias metodológicas, existen elementos particulares

de cada disciplina, y por supuesto del derecho, que moldean la forma de investigar, las preguntas, las fuentes y el uso que de ellas se hace. Tales particularidades son estudiadas en el texto a partir de dos horizontes denominados *investigación argumentativa* e *investigación de carácter hermenéutico*.

En el tercer capítulo, basado en las lecciones que arroja la elaboración de un proyecto de investigación fallido, Henrik López Sterup analiza cómo una labor docente que parecía de fácil elaboración para enriquecer los trabajos de investigación de sus estudiantes de maestría —a saber, diferenciar en cada caso los problemas de investigación basados en una lógica de verificación y aquellos basados en una lógica de descubrimiento—, en realidad no lo es en absoluto. Más que un acto instantáneo, el aterrizaje forzoso de la reflexión lo conduce por un proceso “doloroso” —pero ciertamente fructífero— en el que termina aceptando que había diseñado un proyecto de investigación de forma irreflexiva, sin la suficiente observación y sin el debido planteamiento de uno o varios problemas de investigación. El capítulo busca explorar las razones del fracaso, para convertirlas en faros de guía a partir de lecciones aprendidas. Una de ellas gira alrededor de la noción de problema de investigación y todos los pasos metodológicos que suelen acompañarla. En efecto, tiende a irse de forma mecánica y lineal del tema de investigación al marco teórico y al problema de investigación —como preguntas que articulan el quehacer investigativo—, olvidando el genuino carácter constructivo del proceso de investigación, donde la elaboración del marco teórico y la concreción del tema llevan a modificaciones, las que a su turno impactan el problema de investigación y continúan produciéndose y reproduciéndose a medida que se plantean las preguntas de investigación o que estas comienzan a ser resueltas.

La segunda parte del libro agrupa varias contribuciones ubicadas en áreas específicas del derecho pero que se cruzan y se expanden hacia otros horizontes de conocimiento. Se trata de esfuerzos de aplicación de metodologías jurídicas en realidades y problemáticas inexorablemente interdisciplinarias. El título de esta segunda parte refiere entre paréntesis a un primer momento, en la medida que los datos, referentes y fuentes de investigación empleados son predominantemente documentales. Los textos de Eliana Fernanda Romero y Carlos Julio Giraldo, Ricardo Posada, Eleonora Lozano Rodríguez, Jorge González Jácome y Antonio Barreto Rozo utilizan categorías extraídas de la enseñanza y el oficio del derecho, como elementos que acompañan el diseño y la elaboración de investigaciones de muy distinta orientación, compromisos y coordinadas de reflexión.

El cuarto capítulo del libro, al reflexionar en detalle acerca del método dogmático en derecho, muestra que esa es justamente la forma de comprender la complejidad del mundo del derecho para poder explicarla, simplificarla y compartirla cotidianamente con los demás. Al mostrar que

la dogmática es una herramienta importante para comprender realidades relacionadas con el derecho, Eliana Fernanda Romero Vivas y Carlos Julio Giraldo Bustamante emprenden una exploración de su uso en el ámbito del derecho civil privado. No se trata de defender la acepción clásica de dogmática —aquella relacionada con el formalismo jurídico y con la jurisprudencia de conceptos—, sino aprovechar la concepción que la ata con un examen valorativo de las normas jurídicas para plantear alternativas sesudas de respuesta a problemas jurídicos bien elaborados. Al meditar acerca de tres experiencias en las que se hizo uso del método dogmático —un artículo académico sobre la franquicia y el principio de la buena fe, un manual de contratos de distribución comercial y en un curso denominado Fundamentos de Derecho de los Negocios—, se hace una ponderación de las ventajas y desventajas de este, así como su relación con otras metodologías como aquella del pensamiento visual.

En el quinto capítulo, Ricardo Posada Maya también acude a la noción de dogmática, esta vez enfocada en la investigación penal propiamente dicha. Con el enfoque de la dogmática penal se puede analizar la cuestión criminal desde una doble perspectiva: la empírica o criminológica y la normativa o jurídico-dogmática, como ámbitos que ofrecen respuestas a distintas problemáticas institucionales y culturales allí presentes. Siendo la dogmática jurídico-penal una disciplina cuyo objeto consiste en analizar el derecho penal positivo vigente, su oficio práctico radica en no comenzar por el final, a saber, la crítica, sino mejor en empezar con la duda sobre un problema jurídico o sobre la aplicación de una norma jurídica o de una institución penal, procesal o probatoria determinada. El horizonte de investigación es tan vasto aquí que la doctrina hoy se refiere con frecuencia a la ciencia integrada del derecho penal, como campo compuesto por la criminología, la política criminal, la victimología y la dogmática penal. En relación con la investigación dogmática como tal, se pone énfasis en que esta debe conducir a la respuesta de problemas en la aplicación del derecho positivo, a un profundo conocimiento de la ley, la jurisprudencia y la doctrina predominantes, así como a un manejo apropiado de los métodos de interpretación disponibles para poder construir propuestas teóricas plausibles que sirvan de base para la solución de problemas jurídicos concretos.

El sexto capítulo gira hacia el derecho y la economía como foco de aproximación investigativa. Al reflexionar sobre el necesario acercamiento entre la economía y el derecho, Eleonora Lozano Rodríguez busca arribar a un escenario en el que una comprensión adecuada y fructífera de esta relación redunde en mejores normas, en mejores sentencias y, en últimas, en un mejor derecho. Con todo, su óptica como entusiasta seguidora del análisis económico del derecho no es siempre optimista sobre el particular. En efecto, en distintos escenarios y ocasiones se ha encontrado con férreos contradictores de esta metodología de análisis, así como con elevados



muros contruidos por abogados de visión más ortodoxa que poco les apuestan a visiones interdisciplinarias del derecho. Con este trasfondo en su capítulo busca, en primer lugar, retomar aspectos teóricos básicos del análisis económico del derecho para ponerlos en diálogo con textos de su autoría que reflejan distintas épocas, matices y preocupaciones de su agenda de investigación y, en segundo término, poner en evidencia cómo esta aproximación metodológica —que a su vez viene acompañada de distintas estrategias metodológicas allí retratadas— ha sido empleada en el ámbito principal, pero no exclusivo, de la tributación en Colombia. Al exponer los desafíos metodológicos que con frecuencia enfrentan los aplicadores del análisis económico del derecho en el campo tributario y en otras áreas del derecho y la economía en general, muestra la riqueza de este fértil terreno de análisis, así como las múltiples zonas que aún quedan por ser exploradas en la investigación jurídico-tributaria.

En el séptimo capítulo, Jorge González Jácome se centra en el objetivo de ampliar los referentes y las herramientas con los que se emplea la jurisprudencia en la investigación jurídica. Partiendo del registro de la suerte de revolución de fuentes que a mediados de la década de 1990 fortaleció el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho —principalmente a raíz de la labor de la Corte Constitucional colombiana— y el consiguiente apogeo de una metodología de análisis de sentencias que las comprende como “precedentes” y como “líneas jurisprudenciales”, el texto busca ir más allá para mostrar alternativas metodológicas de análisis que en su desarrollo revelan cómo, en efecto, se pueden “hacer” otras cosas y se pueden seguir otras agendas con las decisiones judiciales bajo el marco de las investigaciones jurídicas. Con este propósito en mente, el capítulo ofrece a los investigadores tres discusiones teóricas sobre el derecho que a su turno llevan consigo tres formas —metodológicas— de usar la jurisprudencia como herramienta de investigación. En primer lugar, la óptica del realismo jurídico termina ubicando las decisiones judiciales en narrativas mucho más amplias, esto es, en escenarios que conducen al requerimiento de tener que contextualizarlas mediante preguntas como en qué tipo de “comunidad de hablantes” tales sentencias se encuentran insertas. En segunda instancia, desde los estudios de la conciencia jurídica se puede entrar a analizar una “estructura relativamente autónoma” —o, en últimas, un modo relativamente autónomo de pensar— que denominamos *derecho*. Bajo esta perspectiva los fallos judiciales se convierten en un lugar privilegiado, pero no único, para rastrear —sobre todo con una mirada desde el presente hacia el pasado— la conciencia jurídica. En tercer y último término se encuentra el papel que cumple la jurisprudencia en la investigación jurídica desde las coordenadas planteadas por el movimiento del derecho y la literatura. Las sentencias aquí ya no son solo textos escritos expedidos por una autoridad, sino espacios performativos de acción que contribuyen a llenar de significado proyectos, ideas y prácticas



sociales de nuestra comunidad política. En efecto, en las narraciones de las decisiones judiciales el investigador jurídico tendrá un vasto campo de análisis que revela no solamente las representaciones del mundo jurídico allí contenidas, sino las dinámicas de inclusiones y exclusiones sociales y culturales en las que el derecho también participa.

En el octavo capítulo, al cuestionarse por el tiempo como asunto de método en el ámbito de la historia del derecho, Antonio Barreto Rozo explora algunos caminos que buscan la elaboración de buenos relatos temporales o cronológicos en una investigación. Esto es, la pregunta metodológica por los propósitos de una investigación debe arrojar narrativas cronológicas creíbles y convincentes donde quiera que el tiempo y la historia sean empleados como marcos de referencia. Desde este punto de partida, en su texto sostiene que la cronología de origen y evolución —a saber, aquella que tiende a caer en relatos lineales, ascendentes y muchas veces perfeccionistas sobre el fenómeno observado— ha sido el modelo prevaleciente en el ámbito de la investigación social. También lo ha sido en los estudios de reforma constitucional propios del escenario latinoamericano que es allí también abordado. Tal predominio, además de tornar este modelo en blanco frecuente de críticas, también ha suscitado narrativas alternativas, siendo la cronología de oleadas temporales —con su marco ondular y entreabierto reminiscente de las olas del mar— una de las más visibles. Aun así, pensar que la cronología de origen y evolución es un modelo completamente superado resulta ser una postura demasiado confiada, sobre todo por el “impulso de cierre” —o de decir una verdad vista como una razón definitiva e irrevocable— que suele ir de su mano. Así, antes que nada, es este impulso de cierre el que debe ser afrontado de forma adecuada en la investigación jurídica. Y hacerlo supone no solo asumir una postura crítica sobre la cronología de origen y evolución, sino también de la visión tradicional de la narrativa de oleadas temporales. El texto busca así, en últimas, hacer una revisión —extendida en el tiempo— de la construcción de relatos basados —y ordenados— en oleadas temporales.

La tercera y última parte del libro contiene aportes que, de forma visible, se basan en visiones metodológicas interdisciplinarias que rompen con las fronteras tradicionales del derecho. Si en la segunda parte se alude entre paréntesis a un primer momento de interdisciplinariedad, en la tercera —también entre paréntesis— se habla de un segundo momento de la investigación jurídica, en tanto los datos, referentes y fuentes de investigación empleados no son exclusivamente documentales. Es más, con frecuencia se acude a los campos mismos de investigación para interactuar de forma directa con las personas y el entorno —así investigado— que las rodea. Las contribuciones de Gracy Pelacani y Carolina Moreno V., Natalia Ramírez Bustamante y Nicolás Santamaría Uribe, así como la de Libardo José Ariza, nos llevan a pensar en realidades —materiales y simbólicas— que suscitan enormes desafíos para el diseño

y la implementación de buenos proyectos de investigación, con los retos metodológicos allí siempre presentes, sobre todo cuando las categorías “muerden el polvo” del áspero campo social en el que son aplicadas.

El capítulo noveno lidia con el complejísimo fenómeno migratorio del contexto colombiano actual. Gracy Pelacani y Carolina Moreno V., al admitir de entrada tal grado de complejidad, como investigadoras son plenamente conscientes de que deben expandir sus referentes y herramientas metodológicas de investigación. Apelando a su experiencia como líderes en la creación de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, y reconociendo los serios obstáculos que implica la investigación de población migrante —tres de ellos de particular relevancia, a saber, (1) bregar con la narrativa oficial que hace referencia casi que exclusivamente a la migración proveniente de Venezuela; (2) la persistente fragmentariedad e inestabilidad del marco normativo migratorio y la consecuente ausencia de una política pública migratoria integral; y (3) la invisibilización de diversos sujetos y elementos clave para armar y atender el rompecabezas de los flujos migratorios, en particular los más vulnerables—, buscan no solo investigar, sino ser actoras relevantes de este espinoso campo social. Aprovechando el repertorio de distintas estrategias y metodologías de investigación —entre ellas, la asesoría legal en terreno (*street lawyering*), el ejercicio del litigio de interés público (LIP) enmarcado en la Educación Legal Clínica (ELC), los talleres de empoderamiento legal (pedagogía de derechos), entrevistas a profundidad y grupos focales—, en su capítulo presentan enriquecedoras reflexiones sobre estos instrumentos metodológicos y sobre la forma en que han incidido en el exigente campo de la realidad migratoria colombiana.

En el capítulo décimo, Natalia Ramírez Bustamante y Nicolás Santamaría Uribe se centran en el empleo de la entrevista como técnica de investigación social propia de los estudios cualitativos. Apelar a la entrevista no es simplemente una elección metodológica, sino también —y, sobre todo— una decisión política. En efecto, su uso cabal implica que el investigador deje de ser el protagonista del texto y de la investigación en general, para dar paso a las opiniones, las creencias y las experiencias de otros, asumiendo —como compromiso político profundo— que las vivencias de los demás siempre merecen ser escuchadas, valoradas y analizadas para hacerse a construcciones más adecuadas de los fenómenos sociales. Con este objeto en mente, el texto busca mostrar el potencial de la entrevista como técnica de investigación a partir del análisis de una investigación concreta —más precisamente, de un estudio de caso adelantado por Natalia Ramírez Bustamante como parte de su investigación doctoral—, para así exponer las propiedades y tipos de entrevistas, identificar algunos retos, dificultades e implicaciones que impone esta metodología de investigación, así como para analizar sus posibles usos en

el vasto campo de la investigación sociojurídica. Al reflexionar sobre la investigación mencionada, enfocada en la industria de confección como campo de análisis, y en particular orientada a entender el papel de la protección laboral de la maternidad y las responsabilidades de cuidado suscitadas en los resultados laborales de las mujeres allí involucradas, se llama la atención sobre la importancia de la adecuada elección de los informantes, el buen uso del lenguaje y de las técnicas y tecnologías empleadas, así como las debidas estrategias conversacionales que, en últimas, serán —todos ellos— clave para ganar acceso al campo y construir *rapport* con los participantes, incluso para que compartan experiencias con el investigador cuando tienen cosas que ocultar.

El undécimo y último capítulo nos lleva al insondable mundo de la prisión. Con el objetivo de contribuir a la discusión metodológica dentro de la emergente corriente latinoamericana de estudios cualitativos sobre la prisión, Libardo José Ariza adelanta un ejercicio reflexivo sobre el proceso de investigación de larga duración que inició desde el año 2000, para dar cuenta de los retos, obstáculos y estrategias de ingreso y —quizás lo más difícil— de permanencia en el campo. En particular, se concentra en el estudio detallado de la estrategia de intervención empleada, basada en términos generales en el uso del derecho como herramienta de comunicación con los participantes y como instrumento político de transformación de las condiciones de reclusión —con frecuencia precarias e inhumanas— a través del litigio estratégico. Al revisar un proyecto adelantado desde el 2009 en la Cárcel La Modelo de Bogotá, busca mostrar los rostros que tiñen la importancia del discurso de los derechos humanos en la definición del rol del investigador y los límites y potencialidades del activismo jurídico en el campo penitenciario. En efecto, la narrativa de los derechos humanos termina desempeñando un papel ambiguo en la crisis humanitaria del sistema penitenciario local, al plantear, por un lado, la promesa de resistencia y transformación de las difícilísimas formas de vida que allí tienen lugar, pero por otro, la profunda insatisfacción que con frecuencia asiste a los participantes cuando sienten los efectos directos de las —presuntas— victorias jurídicas. Entablando un diálogo con el papel del investigador en la observación participante activa —y, en general, con la tradición de la investigación acción participativa (IAP)—, analiza la relación entre el investigador, las personas y el campo de estudio y, en particular, pone en prueba ácida el intento —y *su* intento— de asumir una postura adecuada en relación con la ruptura o distancia epistemológica que con frecuencia ocurre entre estos tres elementos que componen la investigación sociojurídica. Al reconocer y afrontar, en la medida de lo posible, las relaciones de poder entre el investigador —con su capital cultural— y las poblaciones usualmente marginalizadas que corren el riesgo de convertirse en *objeto* de estudio —en sentido literal— o en un simple insumo analítico, el texto habla de los desencantos ocurridos en el litigio

estratégico librado en favor de la población penitenciaria, la redefinición de la estrategia que tuvo que ser articulada a medio camino y la creencia, en retrospectiva, de que a pesar de todas sus limitaciones, el derecho sigue siendo una herramienta hábil para lograr microtransformaciones en este áspero campo de la investigación social.

Antes de finalizar, debemos agradecer con entusiasmo a las siguientes personas por su valiosa y muy pertinente ayuda a lo largo del proyecto: Eliana Fernanda Romero Vivas, Nicolás Santamaría Uribe y Daniel Ospina Celis. Solo nos resta desearles a quienes lean esta publicación un viaje agradable y fructífero, al seguir el recorrido de una contribución que aún resulta rara en el estado actual de la literatura jurídica colombiana y latinoamericana.

Cuarentena del 2020.

## **Bibliografía**

### **Libros y artículos**

Gage, Nathaniel Lees. "The paradigm wars and their aftermath: A 'historical' sketch of research on teaching". *Educational Researcher*, 18 n.º 7 (octubre 1989): 4-10.

Packer, Martin. *La ciencia de la investigación cualitativa*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2013.

### **Portales de internet**

Oxford Word of the Year 2016, Oxford Languages. <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/#:~:text=After%20much%20discussion%2C%20debate%2C%20and,to%20emotion%20and%20personal%20belief>

# **EL OFICIO (METODOLÓGICO) DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA**



# **La motivación para investigar: más acá del dilema de los métodos\***

Betsy Perafán Liévano

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.473>



## Introducción

El primer libro sobre investigación que tuve la oportunidad de leer al iniciar mi trabajo como investigadora sociojurídica, fue *Más allá del dilema de los métodos: la investigación en ciencias sociales*, escrito por Elssy Bonilla y Penélope Rodríguez en 1995. En esta obra, las autoras invitan a explorar la realidad social conciliando los métodos cualitativos y cuantitativos, y —desde sus propias experiencias— dan muchos ejemplos que ayudan a entender mejor su aplicación. Fue un texto muy útil, que me facilitó entrar en el mundo de la investigación en ciencias sociales y comprender la complejidad de la sociedad.

Es por eso que, cuando empecé a ser profesora de Sociología Jurídica, elegí *Más allá del dilema de los métodos* como uno de los textos guías de mi curso. Sin embargo, aunque los estudiantes no tenían dificultad para comprender el método cualitativo<sup>1</sup>, gracias a lo didáctico que es este libro, la mayoría de ellos carecía de la motivación suficiente para acercarse a la realidad social: poca curiosidad; o si la tenían, les ganaba el temor al riesgo; y si no sentían temor, de todos modos no estaban motivados porque les faltaba creatividad en el momento de enfrentarse a los obstáculos que siempre surgen en el trabajo de campo<sup>2</sup>. En últimas, la falta de motivación llevaba a su vez a que aplicaran inadecuadamente las herramientas de recolección de información y realizaran análisis superficiales a partir de lo que encontraban o que se rindieran ante cualquier dificultad<sup>3</sup>.

1 De acuerdo con las autoras, el método cualitativo acepta la subjetividad en la descripción de la realidad, y recurre a herramientas de recolección de información como la observación, la entrevista informal (o no estructurada) y el grupo focal.

2 Los bloqueos y la falta de creatividad son frecuentes en todo tipo de investigación, sobre todo para los estudiantes, pues temen no cumplir con las expectativas del profesor.

3 En esto también influye la soledad de los investigadores jóvenes, quienes quisieran mayor asesoría y acompañamiento por parte de sus directores.

Cuando los estudiantes empezaban a desarrollar sus proyectos de investigación, era común que me dijeran: “profesora, tengo (o tenemos) un problema”. Yo les decía que me alegraba mucho, aunque sabía que no se referían a un problema de investigación, sino a una dificultad durante el trabajo. Entonces me hacían esa aclaración, y les respondía que igualmente me alegraba, pues, por ejemplo, no encontrar documentación en la entidad (que era su primer paso, según el cronograma) ya arrojaba información interesante sobre la falta de organización en ese lugar, lo que a su vez se convertía en una buena razón para explicar en parte la ineficacia para el cumplimiento de sus objetivos institucionales (y precisamente la pregunta de investigación era indagar por la puesta en marcha de una medida normativa).

Es decir, los estudiantes no veían la investigación como una aventura (ni a ellos mismos como exploradores). En este punto, hago una analogía entre la aventura de leer<sup>4</sup> y lo que significa investigar. Zuleta sostiene que la lectura debe ser lenta, cuidadosa y “rumiante”, y debe estar guiada por una pregunta inconsciente o consciente, pero en todo caso que surge de nuestras experiencias y motivaciones. El lector se arriesga, está abierto a descubrir; no acepta un prejuicio como algo definitivo. El aventurero es un explorador que está a merced de sucesos imprevisibles, lo que acarrea riesgos y lo obliga a ser espontáneo, pero sin dejar de ser cuidadoso y reflexivo —lo que le ayuda a ampliar su marco teórico— porque tiene un propósito (como el lector, que quiere responder su pregunta).

Es así como, por lo general, los profesores de Sociología Jurídica y los directores de investigación podemos afanarnos por llegar a los métodos de investigación sin detenernos a trabajar en la motivación para investigar de nuestros estudiantes o asistentes, lo que a su vez afectará la aplicación de las metodologías y por ende los resultados o fines de la investigación<sup>5</sup>.

El presente capítulo busca entonces presentar experiencias propias, de mis estudiantes y de mis asistentes en la utilización de diversas metodologías de investigación sociojurídica, y reflexionar sobre la manera en que los docentes y directores podemos enseñarlas en el aula y a nuestro equipo de trabajo para el mejor uso de las herramientas y, por ende, de un análisis de los datos recogidos para plantear conclusiones que aporten a la comprensión de la realidad para su transformación. Dado que mi interés temático ha estado enfocado en la educación ciudadana, los ejemplos que daré se refieren especialmente a investigaciones que buscan entender y promover la responsabilidad de las comunidades con la democracia.

El orden, entonces, es el siguiente. El primer acápite se refiere a las habilidades que se requieren en un investigador para aprovechar

4 Estanislao Zuleta, *Elogio de la dificultad y otros ensayos* (Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2009).

5 Por ejemplo, cuando plantean generalizaciones apresuradas o caen en lugares comunes.

las metodologías. En este punto cuestiono al sistema educativo y planteo sugerencias de formación en competencias. En el segundo apartado me centro en el desarrollo de la empatía, como esencial para el adecuado uso de las herramientas cualitativas para la recolección de la información. Por su lado, en el tercer acápite me refiero a la conveniencia del distanciamiento para abordar la realidad desde distintas perspectivas. En el cuarto punto analizo el rol activo de los sujetos de investigación, como adecuado para una mejor comprensión de la realidad y su transformación. En el quinto punto, abordo distintas herramientas desde el enfoque de las habilidades que he mencionado en el primer apartado. El sexto apartado es sobre el equipo de investigación: la distribución de tareas según los perfiles de aprendizaje de cada integrante. Finalmente, en el séptimo acápite abordo la pregunta por la presentación de los resultados de la investigación.

Recogiendo todo lo anterior, en las conclusiones planteo la necesidad de ver *más acá* de los métodos de investigación, para cuestionar si las bondades o las limitaciones que les vemos no están en ellos mismos sino en la manera como nos aproximamos a ellos; en un uso acrítico, irresponsable, mecánico y desmotivado de los métodos. No se trata de elegir, por ejemplo, entre los métodos cuantitativo o cualitativo, pues hay eventos o factores de la misma realidad que son cuantificables y otros que no los son; algunas conclusiones se pueden generalizar y otras no; a veces conviene plantear recomendaciones de política pública, pero en otras ocasiones (o además de ello) lo mejor puede ser diseñar una estrategia de acción puntual. El desafío parece estar más entonces en nuestra identidad, en lo que queremos o creemos de nosotros mismos, que en las propias metodologías.

## Las habilidades del investigador

Cuando, luego de leer sobre métodos de investigación, les pregunto a mis estudiantes ¿cuál es la principal herramienta de recolección de información?, suelen mencionar la revisión documental, la observación, la entrevista, el grupo focal, la encuesta, en fin, todos los instrumentos de los que han leído; los van enunciando a medida que niego con mi cabeza. Cuando se rinden, les respondo: “la principal herramienta es el investigador”. Sin su curiosidad, su creatividad, su valentía y su integridad no haría preguntas pertinentes, no propondría maneras novedosas y más efectivas de entender la realidad, no superaría muchas aparentes adversidades ni se comprometería con la transformación social.

## La curiosidad

Para investigar no hay que perder la capacidad de asombro. Antes, para asombrarse hay que contemplar. Pero no se puede contemplar llevando una vida de afán. Siguiendo a Zuleta<sup>6</sup>, tenemos que el hombre moderno no está tranquilo, no se detiene. Hoy, podríamos decir que, al facilitarse el acceso a la información gracias a la tecnología, la cantidad abrumadora de fuentes de consulta dificultan más esa capacidad de contemplación. Es difícil entonces que los estudiantes de Sociología Jurídica o los jóvenes investigadores (incluso ya mayores) trabajen con calma en la búsqueda de información, admirando lo que encuentran como el *camello* en Nietzsche. Como dice Zuleta, hay que dejarse afectar por un texto antes de criticarlo. Y esa afectación va a estar guiada por preguntas (conscientes o inconscientes), que ayudan a definir el problema de investigación.

La persona curiosa acepta la complejidad de la sociedad; no se queda con la primera impresión ni con una sola perspectiva de la realidad o con una sola versión de los hechos. Además, quien es curioso es muy buen observador: no solo atiende a las respuestas del entrevistado, sino que se fija también en la manera como contesta las preguntas: el tono que usa, su expresión corporal, su mirada, sus evasiones, sus pausas, sus contradicciones, sus reiteraciones. Un investigador curioso no se ciñe a la guía de preguntas que ha preparado; una respuesta le da pie para seguir indagando, porque escucha atentamente. Alguien curioso no le completa las frases al entrevistado ni se afana en seguir con otra pregunta ni siquiera cuando el sujeto guarda silencio; más bien su actitud de escucha invita a la sinceridad y a sacar a la luz cuestiones profundas (que probablemente ayudan a comprender realmente qué está pasando).

Como la curiosidad no permite caer en la simplificación de lo social, no hay un afán en generalizar. La persona curiosa valora más la riqueza de la diversidad y tiene apertura de pensamiento; aprecia más y juzga menos porque la duda está tan presente que difícilmente llega a conclusiones apresuradas, sesgadas o prejuiciosas.

## La valentía

Podríamos conectar este valor con el nivel del *león* en Nietzsche: es la rebeldía, atreverse a pensar por sí mismo, a asumir riesgos, a ser uno mismo. Si se siguen los métodos de investigación y sus herramientas de manera mecánica, como si fueran una receta, sin ese “sello personal”, no solo se falseará la realidad, sino que el investigador perderá motivación porque ha dejado de lado su identidad. En una investigación social fácilmente el

6 Zuleta, *Elogio de la dificultad y otros ensayos*.

cronograma planeado se altera, por ejemplo, porque las personas convocadas al grupo focal no aparecen; las guías para la recolección de información no se pueden aplicar porque no hay acceso al lugar que se iba a observar o preciso ese día pasó algo que alteró la rutina o el entrevistado está tan ocupado que las interrupciones son constantes. Para un investigador curioso y valiente, nada de esto es un obstáculo; todo imprevisto da información útil si quien lo observa o vive es capaz de salir del esquema mental inicial y de actuar en consecuencia en vez de darse por vencido porque no pudo hacer lo que le ordenó el director del proyecto.

La dificultad para asumir riesgos está en que le tememos a la incertidumbre<sup>7</sup>. El monismo jurídico<sup>8</sup> parece reforzar ese temor, al pretender mantener el orden mediante la regulación de los hechos sociales —que son infinitos— en normas jurídicas, que son finitas. La certeza y la seguridad jurídica son principios del monismo que, por tanto, chocan con el pluralismo jurídico, el cual aboga por un sentido de justicia no en abstracto sino mucho más cercano al caso concreto<sup>9</sup>. Esa cercanía lleva a que solo cuando se está ante cada situación particular, será posible saber cuál es la mejor decisión, en beneficio de las partes y sin perjuicio de la sociedad. Siendo así y a que cada caso es único, no siempre es posible saber con anticipación la norma aplicable, ni crear un claro precedente.

Esta diversidad de la realidad social puede ser vista como peligrosa (caótica) por el monismo jurídico, y de esta manera el investigador que se ha formado en la tradición monista podría mantenerse en la necesidad de seguir un cronograma, unas herramientas y unas guías preestablecidas. El riesgo estaría en que su trabajo se vuelva mecánico. Así, cuando falta valentía, el investigador puede pretender homogeneizar las conductas que encuentra en su análisis y llegar a plantear conclusiones generales de una manera forzada, desconociendo la univocidad de los individuos y de los conflictos humanos. Como la lectura que no la controla nadie<sup>10</sup> —pues tiene múltiples sentidos— la investigación también puede tomar caminos insospechados, pero solo si el investigador se deja afectar.

7 Sin embargo, la experiencia del profesor o del director de investigación pueden reducir esa incertidumbre, al anticiparle al estudiante o al asistente los eventos que podrían ocurrir (como que el entrevistado no asista a la reunión, o que en el campo descubra algo que altere una premisa de su investigación) y por tanto sugerirle incluir alternativas de trabajo en su planeación.

8 Betsy Perafán, "El fin del derecho: ¿generar autonomía?", en *Introducción al derecho: obra en construcción*, coordinado por Patricia Moncada Roa (Bogotá: Temis y Ediciones Uniandes, 2011).

9 Por ejemplo, al conocer las particularidades de la realidad estudiada, es posible que el investigador encuentre que la aplicación de la norma general y abstracta existente no da una solución satisfactoria al conflicto.

10 Zuleta, *Elogio de la dificultad y otros ensayos*.

## La creatividad

La creatividad podemos verla al llegar al estadio del *niño* en Nietzsche: un nuevo comienzo, un estar en el presente y crear. Cuando somos valientes dejamos de “amar las cadenas”<sup>11</sup> y nos atrevemos a romperlas, a pensar por cuenta propia en vez de seguir ciegamente a una autoridad, lo que nos lleva a quitarnos los filtros mentales que nos impiden ser creativos. Los “policías en la cabeza”<sup>12</sup> nos mantienen atados al pasado y nos ponen límites porque son órdenes o afirmaciones de personas que no están presentes, pero de las que seguimos escuchando sus voces (por ejemplo: “debes seguir la instrucción al pie de la letra”, “esa manera de hacerlo que propones está mal”, “tus ideas son equivocadas”).

El método científico no es obstáculo para que propongamos nuevas maneras de recoger información, pues lo fundamental es tener evidencias y mantener el rigor en su análisis. De todos modos, el investigador siempre tendrá que improvisar o será poco lo que logre avanzar en conocimiento. La realidad social es así; no podemos predecir lo que ocurrirá cuando vamos al campo. Por eso hay que ser ingeniosos para sacar provecho de las situaciones inesperadas que vivimos.

Pero los sistemas educativos formales “matan la creatividad”<sup>13</sup>. Cuando el proceso de enseñanza se centra en la mera transmisión de contenidos, reproduce el mismo conocimiento homogéneo y en serie y los individuos van perdiendo esa habilidad inventiva que es innata en los niños (investigadores por naturaleza). Un investigador creativo obtiene información sin alterar la rutina del entrevistado —quien duda de conceder la entrevista porque debe trabajar— por ejemplo, ayudándolo en su labor mientras conversan.

## La integridad

Una persona íntegra guarda coherencia entre sus pensamientos, sus emociones y sus acciones. El investigador, cuando es íntegro, manifiesta sus sesgos antes de comenzar la investigación; reflexiona de manera crítica y constante sobre el proceso que está siguiendo; tiene en cuenta su intuición para, por ejemplo, decidir a quién entrevistar o dónde enfocar su observación; opta por parar la entrevista cuando nota incomodidad o una afectación emocional en el sujeto entrevistado y alejarse ayuda; observa de una manera que no es intrusiva ni encubierta<sup>14</sup>; y no se apresura a

11 Zuleta, *Elogio de la dificultad y otros ensayos*.

12 Augusto Boal, *El arco iris del deseo: del teatro experimental a la terapia* (Barcelona: Alba, 2004).

13 Ken Robinson, *Out of our minds: Learning to be creative* (Oxford: Capstone, 2011).

14 Sin embargo, en ocasiones la investigación encubierta es la única manera de acceder a cierta información, por ejemplo, de organizaciones poderosas (que de ninguna manera autorizarían el ingreso) o

plantear determinadas conclusiones si siente que aún no tiene suficiente material para hacerlo. El afán de protagonismo no está presente en un investigador íntegro.

La integridad también tiene que ver con el respeto a la evidencia en vez de, por ejemplo, pretender acomodar los datos a unas posturas teóricas iniciales o a ideologías, y con el compromiso de devolver a la comunidad el favor de permitirnos acceder a ellos. La responsabilidad está en informar a los sujetos los resultados de la investigación (y de una manera que ellos comprendan —al respecto véase el acápite La divulgación de los resultados de la investigación—) y de contribuir de algún modo a resolver la problemática diagnosticada. En mis primeras experiencias como investigadora pude notar la frustración de la gente al ver que las conclusiones que obteníamos solamente confirmaban lo que ellos ya sabían; y sentían que llegábamos a ellos solo por un interés personal (por ejemplo, hacer la tesis de grado o recibir un pago de la fuente financiadora) sin que la comunidad resultara beneficiada.

Por otro lado, la integridad lleva a combinar los métodos cuantitativo y cualitativo si se ve la utilidad, en vez de quedarse con uno solo de ellos por considerarlo más “científico”. Debe ser la realidad que vamos viendo la que nos ayude a elegir los métodos y las herramientas para recoger la información, y no al revés. Por lo mismo, los pasos del proceso de investigación no son lineales o secuenciales. Como plantean Bonilla y Rodríguez<sup>15</sup>, son importantes los ciclos de recolección de información y análisis, con una posterior vuelta al campo y nuevas inferencias, pues el análisis de los datos lleva a encontrar vacíos y debilidades en ellos. Incluso la dificultad para hacer inferencias puede estar en haber elegido un método; por ejemplo, si queremos corroborar unos datos obtenidos de manera cualitativa, puede que convenga volver al campo para realizar una encuesta sobre las conjeturas que surgieron de las entrevistas.

Para desarrollar o fortalecer estas cuatro habilidades (curiosidad, valentía, creatividad e integridad), se requiere una disposición para actuar; es decir, tener la voluntad suficiente para no caer en la rutina de aplicar mecánicamente los métodos de investigación (sean cuantitativos o cualitativos) sino interesarse sincera y profundamente en contribuir a dar solución al problema que se analiza. Para esto resulta fundamental la empatía, factor que presento a continuación.

---

si se requiere para conocer la reacción sincera de los sujetos ante una situación. En otras ocasiones, el espacio de investigación es tan abierto (por ejemplo, el comportamiento de los asistentes a un concierto o de los usuarios de un transporte público masivo) que físicamente es casi imposible contar con la autorización de todos los participantes. Lo fundamental es no afectar el buen nombre, la honra y en últimas la dignidad humana, ni crear situaciones que afecten de tal manera a los involucrados que sea más el daño que se genere con la intervención que lo que se quería lograr con ella. Sobre este punto, recomiendo leer acerca del teatro invisible en el acápite La entrevista y el distanciamiento.

15 Elsy Bonilla y Penélope Rodríguez, *Más allá del dilema de los métodos: investigación en ciencias sociales* (Bogotá: Norma y Ediciones Uniandes, 2005).

## La empatía en la investigación

A pesar de lo claro que es el libro *Más allá del dilema de los métodos* en explicar que con los métodos cualitativos no se pretende generalizar a partir de una gran cantidad de datos, sino profundizar en algún o algunos casos concretos, la tendencia de los estudiantes y de los asistentes de investigación sí suele ser plantear afirmaciones generales sobre sus hallazgos. Pareciera que hay un temor a que su trabajo sea considerado menos serio o riguroso, o de menor trascendencia, o ni siquiera como un producto de investigación, si se “limita” a describir y analizar un fenómeno social en un ámbito muy particular y no propone un gran modelo teórico (como los que está acostumbrado a leer en doctrinas).

Tal vez la educación formal que han venido recibiendo en la carrera de Derecho les hace pensar que esta profesión abstrae a tal nivel la realidad (para que “quepa” en las leyes y en sentencias que constituirán precedente judicial), que acercarse tanto al caso concreto lleva a perder el enfoque o la perspectiva jurídica, al aparecer nuevos elementos de análisis. Conceptos que se consideran esenciales para el derecho, como la imparcialidad y la justicia, parecieran verse afectados al involucrar la empatía que surge al conocer —y reconocer— al otro concreto. Como si el investigador no pudiera incluir la diferencia y las particularidades de sus hallazgos en sus conclusiones, porque se diría que sus resultados son atípicos y, por tanto, inválidos, con mayor razón si da cuenta de sus emociones.

Cuando el investigador piensa que su compromiso es con el método y no con las personas, la sensibilidad no aparece (o se esconde), y así es poco probable que se pueda dar cuenta del fenómeno social. Pero la pretensión de objetividad parece ser ilusa en las ciencias sociales cuando comprendemos la reflexividad<sup>16</sup>, es decir que hacemos parte de la misma sociedad que investigamos: somos sujetos de esa misma realidad. Siendo así, nuestras emociones y experiencias —que nos constituyen también— determinarán la manera como recojamos la información (qué afirmaciones harán parte de la síntesis de un documento revisado, dónde enfocaremos la observación, qué preguntas haremos en una entrevista) y el modo de analizarla (las inferencias que haremos, por más que creamos que estamos siguiendo un razonamiento silogístico o lógico-deductivo).

No queda entonces más opción que aceptar —con agrado— la presencia de las emociones. Ante esto, un investigador debería no solo tomar conciencia de los sentimientos que le produce su trabajo en vez de pretender negarlos, sino también permitirse acercarse a los sujetos que investiga e incluso tomar partido por ellos<sup>17</sup>.

16 Paul Atkinson y Martyn Hammersley, *Etnografía: métodos de investigación* (Barcelona: Paidós, 1994).

17 Boaventura de Sousa Santos, *Estado, derecho y luchas sociales* (Bogotá: ILSA, 1991).



Por eso, la invitación para los directores de investigación y para los profesores de Sociología Jurídica es a motivar y valorar el acercamiento de sus asistentes de investigación o de sus estudiantes a pocas personas (¡incluso a una sola!), para conocerla(s) con mayor profundidad y dejarse afectar (“ponerse en sus zapatos”). Por ejemplo, en clase de Sociología Jurídica le pido a cada uno de mis estudiantes que salga del salón a conversar con una de las personas que trabajan en vigilancia o prestan el servicio de aseo o de cafetería en la universidad. Se acercan a ellas con una pregunta guía común, pero lo más interesante —suelen decir— es que nunca se les había ocurrido siquiera preguntarles su nombre y se encuentran con historias que les impactan tanto como el vigilante que les cuenta lo irónica que es su vida, pues terminó en ese trabajo luego de huir desplazado por la violencia en su pequeño y cálido pueblo costero y odia tener un empleo en el que eventualmente tendría que recurrir a la intimidación.

El estudio de caso permite un análisis a profundidad<sup>18</sup>. De acuerdo con este método, el investigador selecciona una comunidad o evento, limitando tiempo y espacio (incluso su caso puede estar centrado en una única persona) y es alrededor y al interior de ese foco que se recoge la información. Aunque la pretensión no sea generalizar, es muy probable que quien lea el resultado de una investigación con este método, se sienta identificado con la descripción que se presenta y vea que las recomendaciones puntuales le son útiles en su propia y particular realidad. En otras palabras, es el lector quien generaliza porque logra transpolar esa realidad.

Un investigador no debe temer al involucramiento con su foco (sea una persona, un grupo o una comunidad), pues será esta cercanía lo que le permita ser aceptado, observar comportamientos espontáneos y no impostados, recibir respuestas sinceras y profundas y asumir responsabilidad en la transformación social.

Sin embargo, así como la empatía ayuda a comprender mejor a las personas y a motivarnos a actuar en pro de su bienestar<sup>19</sup>, también conviene alejarse de la situación para observar la realidad desde perspectivas distintas a las que tienen los directamente involucrados. Los sesgos de los entrevistados, por ejemplo, deben poder ser contrastados, al igual que la información que suministran. Así, se logra una mirada más holística y las propuestas de solución pueden ser más adecuadas ante una realidad que es compleja; después de sentir el dolor de alguien, puede ayudar más dejar de hacerlo para pensar con la mente despejada y sin la carga emocional. Por eso es importante el distanciamiento en la investigación.

18 Robert Stake, *Multiple case study analysis* (Nueva York: The Guilford Press, 2006).

19 Richard Rorty, *Contingencia, ironía y solidaridad* (Barcelona: Paidós, 1996).

## El distanciamiento en la investigación

Augusto Boal<sup>20</sup> nota un aspecto negativo de quedarse en la empatía: mediante este proceso, se piensa y siente lo mismo que otro ser humano. Esto no ayuda a quien tiene un conflicto; él necesita encontrar alternativas de solución a su problema, no alguien que sufra y se resigne con él. Tal vez está bien ser empático en un primer momento, pero luego es más útil el distanciamiento; pensar y sentir diferente. Siguiendo a Boal<sup>21</sup>, la empatía del investigador hacia el sujeto de investigación es peligrosa porque lleva a la imitación y no a la discusión; por eso, el autor prefiere recurrir al distanciamiento.

Podemos hacer una analogía con el teatro. Bertolt Brecht<sup>22</sup> pretendía promover la crítica en los espectadores a través del distanciamiento; no quería generar solo empatía hacia el protagonista. Los actores y espectadores primero se identifican con la opresión, pero luego se distancian. En otras palabras, Brecht no buscaba, como en el teatro dramático, que el público pensara: “el sufrimiento de este hombre me conmueve, pues es irremediable”; más bien esperaba que, al ver el teatro épico (o dialéctico), los espectadores dijeran: “el sufrimiento de este hombre me conmueve porque sería remediable”. Boal da un paso más allá y busca que los asistentes digan: “el sufrimiento de este hombre me conmueve; vamos a ensayar formas de remediar su situación”.

El efecto de distanciamiento en las obras de Brecht<sup>23</sup> evita la catarsis (es decir, la identificación con el personaje). El teatro épico o dialéctico (en oposición al dramático) da tiempo para reflexionar; los actores se salen de sus personajes durante la obra para argumentar y discutir sobre su situación, dirigiéndose al auditorio. De este modo, el teatro de Brecht invita a la acción al impedir que el espectador confunda el drama con la realidad para que así pueda darse cuenta de que esta se puede transformar. Es como si el efecto de distanciamiento le dijera al espectador: “No te quedes sufriendo con el personaje; más bien piensa qué podría (o podríamos) hacer para cambiar su situación”. Se trata de despertar una actitud crítica.

En los textos básicos sobre investigación social<sup>24</sup> es común que se recomiende al investigador distanciarse de la realidad que observa para que su análisis sea completo e “imparcial” (claro, en dichos libros se reconoce la “reflexividad”, es decir, que quien investiga hace parte de esa realidad y por tanto no puede ser completamente ajeno a ella ni dejar de tener

20 Augusto Boal, *Teatro como arte marcial* (Río de Janeiro: Garamont, 2003).

21 Boal, *Teatro como arte marcial*.

22 Bertolt Brecht, *Escritos sobre teatro* (Barcelona: Alba, 2004).

23 Min Tian, *The poetics of difference and displacement. Twentieth Century Chinese Western Intercultural Theatre* (Hong Kong: Hong Kong University Press, 2008).

24 Atkinson y Hammersley, *Etnografía: métodos de investigación*.

sentimientos). Se pretende tomar distancia para ver mejor la situación y ser más creativo en el momento de proponer soluciones.

Para Sanctum<sup>25</sup> conviene asumir una actitud de extrañamiento hacia las cosas que nos son familiares, pues así podemos observar la realidad desde otros ángulos. En últimas, se trata de distanciarnos también de nuestro propio “yo”; así incluso se facilita el alejarse de las propias opiniones para escuchar, conocer y respetar otros puntos de vista.

Cuando investigo, doy una opinión desde mi propia experiencia. No soy la persona sobre la que estoy investigando; aunque me solidarizo con ella, mis emociones son otras. Es gracias a este distanciamiento que puedo hacer analogías y mostrar alternativas que la persona no había considerado. A su vez, al tomar distancia puedo ver la complejidad, por ejemplo, de legislar la realidad.

## El involucramiento de los participantes

La investigación-acción participativa<sup>26</sup> les permite a los propios participantes hacer un diagnóstico de su realidad y transformarla; es un proceso reflexivo, que busca empoderar a las comunidades afectadas con un problema. Esta forma de investigar está orientada a cambiar la pasividad por el desarrollo de una mirada crítica de la realidad con el fin de generar conciencia ciudadana y actuar con el apoyo de un investigador externo.

Son los mismos protagonistas de las historias quienes, para resolver un problema de su propia realidad, proponen soluciones desde su experiencia particular y las llevan a la práctica, para luego volver a observar y actuar. El proceso de reflexión y de acción constante permite construir conocimiento desde las bases sociales. Esto incluye armar la narrativa del caso para ver la complejidad de la realidad.

Así pues, conviene que los participantes se involucren en la investigación tanto para elaborar el diagnóstico como para proponer estrategias de solución. De esta manera, los sujetos reconocen el problema, aprenden a identificar sus causas y son capaces de actuar para resolverlo. Se integran los conocimientos del investigador con los de la comunidad, la sistematicidad con la flexibilidad, la teoría con la práctica y la cognición con la sensibilidad.

Por ejemplo, si el investigador se acerca a una entidad que los usuarios consideran ineficiente en la prestación del servicio que ofrecen, en vez de simplemente pedir autorización para ingresar a recoger información, el investigador podría reunirse con los funcionarios para promover en ellos

25 Flavio Sanctum, *A Estética de Boal, Odisseia pelos sentidos* (Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2012).

26 María Cristina Salazar, *La investigación-acción participativa: inicios y desarrollos* (Bogotá: Magisterio, 1992).

la reflexión autocrítica, formarlos en herramientas de recolección y análisis de datos y capacitarlos en estrategias de mejora, a la vez que los participantes —e incluso los usuarios— aportan desde su propia experiencia y enriquecen el conocimiento.

Así, al realizar una investigación en un Consultorio Jurídico sobre la claridad del lenguaje en la atención a los usuarios, realizamos un taller con los asesores, directivos, vigilantes y personal de aseo y administrativo. La pretensión con el taller era ayudarlos a identificar los problemas de comunicación, dándoles unos criterios de análisis (que ellos podían ajustar, desde su propia experiencia), para que fueran los mismos participantes quienes diagnosticaran el problema. Luego, les dimos herramientas para corregir las dificultades detectadas, a la vez que aprendíamos de ellos desde sus saberes y sentido común.

Una de las herramientas que he utilizado para ese involucramiento de los participantes es el teatro legislativo<sup>27</sup>. Esta técnica del teatro del oprimido<sup>28</sup> consiste en la escenificación de un conflicto<sup>29</sup> y luego la elaboración de un proyecto normativo por parte de la comunidad directamente afectada, y con el apoyo de un grupo de expertos. Para explicar la técnica, a continuación, presentaré tres experiencias propias de investigación con comunidades estudiantiles del nivel universitario.

## **El proceso formativo en caso de fraude**

Debido a sus reflexiones, decidí investigar sobre el régimen disciplinario en la universidad, con mis estudiantes de Constitución y Democracia<sup>30</sup> como participantes. Algunos de ellos armaron una dramatización sobre un conflicto real: un estudiante había sido sancionado por cometer fraude (sacó fórmulas en un examen de Física) con suspensión por un semestre académico. En la primera escena, el estudiante recibe la notificación del inicio del proceso en su contra e intenta hablar con el profesor, pero este se niega. En la segunda escena, el órgano de apelación está discutiendo si acepta la justificación del estudiante y decide que no, así que se confirma la sanción. Y en la tercera escena, el estudiante ha vuelto a la universidad un semestre después, lleno de rabia contra todos los profesores de la universidad, sin ganas de trabajar en grupo (por temor a otro fraude) y sin amigos. Luego, los espectadores (los demás estudiantes) dieron su opinión sobre lo sucedido —como en un grupo

27 Augusto Boal, *Legislative theatre* (Londres: Routledge, 2006).

28 Augusto Boal, *Teatro del oprimido: teoría y práctica* (Barcelona: Alba, 2009).

29 Detallo esta técnica en el apartado El grupo focal y el involucramiento de los participantes, cuando hago referencia al grupo focal.

30 Este curso es una materia obligatoria para estudiantes de pregrado de todas las carreras (menos de Derecho). Así que en un mismo salón hay cien estudiantes de Artes, Arquitectura, Medicina, Ingeniería, etc.

focal— y plantearon propuestas sobre lo que creían que los “actores” debieron o deberían hacer. Después, varios estudiantes pasaron a reemplazar a los personajes de la obra, para ensayar sus propuestas de solución al conflicto (es lo que Boal llama “espect-actores”). La dinámica de reemplazar se repitió hasta que los participantes quedaron satisfechos con la estrategia de solución.

Más adelante, la propuesta quedó plasmada en un proyecto legal de proceso formativo sobre fraude: luego de su elaboración colectiva, un grupo de expertos (mis estudiantes de Hermenéutica Jurídica) analizó y pulió la propuesta para que quedara conforme a Derecho. Finalmente, la propuesta fue entregada al Consejo Académico de la universidad, acompañada de una manifestación tranquila (en silencio y sin alterar rutinas).

En resumen, el diagnóstico de los participantes era que se sentían como un número en la universidad (sin voz, sin identidad y solo importaban sus notas) y que los profesores no se preocupaban por implementar metodologías activas de aprendizaje, en las que desarrollaran sus habilidades en vez de limitarlos a memorizar información. La manifestación permitió también conocer la opinión de los miembros del Consejo Académico (la falta de compromiso de los estudiantes). Así fue como en la universidad se implementó un proceso formativo y alternativo a la sanción en caso de fraude estudiantil, donde tanto el estudiante como el profesor asumen responsabilidad y aprenden de la experiencia<sup>31</sup>.

## **La ruta de atención en caso de acoso**

En otro semestre de Constitución y Democracia, mis estudiantes expresaron su preocupación por los casos de acoso sexual en la universidad. Representaron una obra en la que una estudiante le contaba a su amiga que un profesor la estaba invitando a cenar, a cambio de subirle la nota del parcial. La amiga le sugiere no denunciar, pues considera que el profesor no va a ser sancionado (ya que es un profesional muy reconocido en su campo, es amigo del decano y además el único docente de esa materia). Seguimos con el foro, que incluyó la discusión, las propuestas de solución y el ensayo de esas ideas. La propuesta normativa que formularon los estudiantes, con la ayuda de los expertos (nuevamente mis estudiantes de Hermenéutica Jurídica) fue un protocolo de atención en casos de acoso, que —junto con la correspondiente manifestación— sirvió de insumo

31 Para quien esté interesado en conocer ampliamente y con mayor detalle esta y las otras dos experiencias que se narran a continuación, invito al lector a consultar: Betsy Perafán, “Una historia roció: usos y variaciones del teatro del oprimido en una propuesta pedagógica de formación ético-ciudadana” (Tesis doctoral, Universidad de los Andes, 2015).

para la creación institucional del Protocolo para casos de Maltrato, Acoso, Amenaza y Discriminación (MAAD).

## **La labor pedagógica en las prácticas médicas**

Por último, ilustraré otro teatro legislativo como herramienta de la investigación acción participativa, con un caso que le ocurrió a una estudiante de Medicina, también estudiante de Constitución y Democracia<sup>32</sup>. Ella contó en clase que estaba afectada por un suceso de ese mismo día en el hospital público donde hacía la práctica: llegó un hombre con una herida causada por un puñal. El doctor le dijo al hombre (que se encontraba privado de su libertad en la cárcel) que no había nada que hacer. La practicante le cuestionó al doctor su reacción, pues era evidente que podía salvar al hombre. El doctor le respondió que él no tenía por qué salvar a un delincuente y se negó a ayudarlo. Los estudiantes dramatizaron esta historia. En la discusión posterior muchos de ellos contaron historias parecidas y otras situaciones que les molestaban de la práctica médica. En síntesis, consideraban que los directores de sus prácticas no eran responsables con su profesión ni en su rol de formadores. Fue así como surgió la propuesta —también acompañada de una manifestación— de modificar el contrato entre la universidad y el hospital público, para exigir que los doctores recibieran formación pedagógica y ética. Efectivamente, eso se logró, al concientizar a los directivos de la facultad de esta problemática.

Todas estas experiencias y otras que no alcanzo a contar por razones de espacio, me llevaron a pensar que es posible desarrollar o fortalecer en los estudiantes sus habilidades innatas como investigadores con propuestas novedosas de acercamiento a las herramientas de recolección de información. Detallo este planteamiento a continuación.

## **Las herramientas para la recolección de información**

La empatía, el distanciamiento y el involucramiento de los participantes van a determinar la manera como el investigador selecciona, utiliza y analiza las herramientas para la recolección de la información. A continuación, presentaré tres de esas herramientas (las que más explican Elssy Bonilla y Penélope Rodríguez<sup>33</sup>) y la manera como se puede sensibilizar a

32 En ese semestre, el curso fue dirigido solo a estudiantes de Medicina porque en esa facultad estaban pidiendo una sección de Constitución y Democracia exclusiva en la sede del norte de Bogotá (donde hacen sus prácticas médicas).

33 Bonilla y Rodríguez, *Más allá del dilema de los métodos*.

los estudiantes o a los asistentes de investigación para que recurran a esas herramientas y comprendan su esencia.

## La observación y la empatía

La observación le permite al investigador conocer cómo actúan las personas en su ambiente cotidiano, y esto incluye identificar qué están sintiendo<sup>34</sup>. Como agregan las autoras, el investigador debe entonces describir detalladamente eventos, personas e interacciones, y para eso necesita ver lo que los sujetos ven y comprender como ellos comprenden<sup>35</sup>.

Una manera de aprender a “observar” es con la técnica del teatro para sordos<sup>36</sup>. Les pido a mis estudiantes de Sociología Jurídica que organicen grupos. A cada grupo le entrego un caso distinto basado en una historia real. Por ejemplo, son hechos que llevaron a presentar una demanda de tutela sobre salud. Cada grupo debe dramatizar esa situación, pero sin hablar. No como si fueran mudos, sino como si el público fuera sordo, así que pueden gesticular como si hablaran, pero no se escucha lo que dicen. De esta manera, los actores —sobre todo los protagonistas— se ven obligados a transmitir con sus cuerpos lo que siente la persona que considera vulnerado su derecho a la salud. Los observadores deben estar muy atentos para comprender la situación. Al tiempo, como expresan los estudiantes, desarrollan la empatía al “ponerse en los zapatos del otro”.

## La entrevista y el distanciamiento

La entrevista implica una alta ‘capacidad’ de escucha —y sin sesgos— de lo que cuentan las personas sobre sus experiencias, actitudes, creencias y pensamientos<sup>37</sup>. Como mencionan las autoras, la esencia de la entrevista consiste en explorar a profundidad y en detalle la realidad personal del entrevistado, y para ello el investigador debe crear el ambiente propicio para que aquel construya una narración sincera sobre su pasado y su presente<sup>38</sup>. En este sentido, el entrevistador debe ayudar a la persona a cuestionar sus propias creencias sobre los temas tratados<sup>39</sup> y motivarla a hablar.

Para desarrollar esa capacidad de autocuestionamiento, de tomar distancia de sí mismo, es necesario hacer preguntas al entrevistado que le ayuden a ver la falta de coherencia entre sus pensamientos, sus acciones y emociones (si no, podría limitarse a responder lo que cree que

34 Bonilla y Rodríguez, *Más allá del dilema de los métodos*.

35 Bonilla y Rodríguez, *Más allá del dilema de los métodos*, 158.

36 Augusto Boal, *Juegos para actores y no actores* (Barcelona: Alba, 2001).

37 Bonilla y Rodríguez, *Más allá del dilema de los métodos*.

38 Bonilla y Rodríguez, *Más allá del dilema de los métodos*, 160.

39 Bonilla y Rodríguez, *Más allá del dilema de los métodos*, 167.

el investigador desea escuchar). Una manera de hacerlo es con la técnica del teatro invisible<sup>40</sup>; mediante esta, las personas son interrogadas de manera natural, pues se genera un ambiente que las lleva a reaccionar espontáneamente.

Por ejemplo, para indagar por la percepción del fraude que tenían mis estudiantes de Constitución y Democracia (véase el acápite El proceso formativo en caso de fraude) no se los pregunté en un espacio artificial, es decir, simplemente interrogándolos sobre qué pensaban de este, pues era probable que me respondieran que “estaba mal”. Más bien, con un estudiante del mismo curso preparamos una escena, pero sus compañeros no sabían que era actuada. En esta él me decía frente a todos que había cometido fraude (que un amigo se había hecho pasar por él en un taller de la clase, pues al ser tantos alumnos, yo no logro reconocerlos a todos). Dije “molesta” que no sabía qué hacer, pues en el reglamento de pregrado este comportamiento aparecía como una falta grave, que ameritaba como sanción la expulsión del estudiante. Muchos estudiantes empezaron a argumentar por qué debía perdonarlo. En ese diálogo surgieron espontáneamente las verdaderas creencias y pensamientos que tenían sobre el tema, y contaron sus experiencias. Y estaban realmente motivados a hablar<sup>41</sup>.

## **El grupo focal y el involucramiento de los participantes**

El grupo focal no es una entrevista a varias personas sino un debate abierto en el que el tema de discusión preocupa a todos<sup>42</sup>. Como plantean las autoras, en el grupo hay intercambio de visiones, ideas y experiencias y no se privilegia a nadie en particular<sup>43</sup>. Es importante entonces motivar a las personas para que hablen entre ellas, comparen sus impresiones y experiencias y reaccionen a lo que dicen otros participantes; y estimularlas para que sean creativas y espontáneas<sup>44</sup>.

Relacionándolo con el acápite El involucramiento de los participantes, una de las herramientas que utilizo para recoger información y a la vez empezar a diseñar estrategias de intervención es el teatro foro<sup>45</sup>. Esta técnica mantiene la esencia de un grupo focal: se trata de abordar un tema

40 Boal, *Teatro del oprimido: teoría y práctica*.

41 Augusto Boal decía que no había que revelarles a las personas entrevistadas que la situación que habían visto —o vivido— era actuada, para dejarlos pensando en el tema y no en la ficción. Pero en mi opinión debe contarse la verdad; así lo hago con mis estudiantes y les explico el objetivo y los beneficios de la investigación y el carácter confidencial de la información. Su reacción siempre ha sido caer en cuenta de la distancia entre sus pensamientos y sus acciones (no se quedan pensando en la ficción, sino que se autocuestionan).

42 Bonilla y Rodríguez, *Más allá del dilema de los métodos*.

43 Bonilla y Rodríguez, *Más allá del dilema de los métodos*, 191.

44 Bonilla y Rodríguez, *Más allá del dilema de los métodos*, 192.

45 Boal, *Teatro del oprimido: teoría y práctica*.



común y discutirlo con los participantes. Pero la particularidad del teatro foro está en la manera como se plantea el tema y en la forma de discutirlo. El tema se presenta mediante la dramatización de un conflicto que no se ha resuelto o su solución no fue satisfactoria. Con los espectadores se conversa sobre la problemática observada, pero lo más interesante ocurre después: quienes han opinado deben pasar a dramatizar de nuevo el conflicto, reemplazando los personajes y dando nuevos rumbos a la historia.

La dramatización puede ser escenificada por los asistentes de investigación que tienen un estilo *activo* (véase acápite El equipo de investigación), o por un grupo de participantes. A estos últimos se les puede pedir que planteen una situación real que han vivido y que constituye un problema. Si son los asistentes de investigación, ellos representan una situación que observaron o que les contaron en una entrevista, o caracterizan los resultados del diagnóstico creando una situación ficticia pero auténtica (creíble). Por el rigor que debe tener toda investigación, es fundamental contar este hecho (que la historia no corresponde a la realidad, sino que es una manera didáctica de mostrar todas o la mayoría de características relevantes encontradas en los sujetos de investigación).

A propósito del equipo de investigación, es importante hacer referencia a la manera como estos se constituyen y trabajan para que el proceso y el resultado de un proyecto sea efectivo. Ese será el siguiente tema.

## El equipo de investigación

Tanto en las clases de Sociología Jurídica como en el ejercicio profesional de la investigación, es común que los proyectos sean desarrollados en grupo. Sin embargo, es extraño tener en cuenta que la motivación para investigar no se genera de la misma manera en todos los investigadores, ya que cada uno tiene una identidad que forja también su estilo para aprender sobre la realidad social. Pero conviene ver esta diversidad como una oportunidad o fortaleza y no como una debilidad de la investigación cualitativa.

Algunas personas son más activas, otras son reflexivas, algunas más teóricas, y otras pragmáticas<sup>46</sup>. Los *activos* son espontáneos y empáticos, y por lo mismo disfrutarán más del trabajo de campo, asumir roles, involucrarse con los participantes, permitir que los datos emerjan en vez de llegar al campo con unas hipótesis de trabajo. En cambio, el investigador *reflexivo* parece distante, pues prefiere observar y escuchar sin interactuar mucho con los sujetos de investigación, y hacer revisión documental e informarse mucho mejor para llegar preparado al campo. Por su parte, las personas *teóricas* necesitan construir modelos conceptuales y relacionar

46 David Kolb, *Experiential learning: Experience as the source of learning and development* (New Jersey: Prentice-Hall, 1984).

ideas en abstracto y disfrutan más de esta actividad incluso aunque no sea clara la utilidad práctica de sus planteamientos; también entonces parecen preferir el distanciamiento al involucramiento con la comunidad estudiada. Finalmente, el investigador *pragmático* se va a concentrar o se va a enfocar en lo que ve útil para entender o para transformar la realidad social concreta que aborda.

Sin embargo, cada estilo tiene sus debilidades: el *activo* se desmotiva si su trabajo de investigación consiste en estar solo, documentándose o sentado frente al computador, registrando lo que encuentra. El investigador *reflexivo* no se anima si le piden hacer el trabajo de campo sin antes permitirle documentarse ampliamente sobre el tema de investigación; tampoco le agrada recurrir a metodologías muy activas como la investigación acción participativa ni que lo presionen con plazos para entregar informes. El investigador *teórico* tiene dificultades para trabajar con el método del caso porque siente que no le va a permitir armar o proponer una estructura conceptual sólida, y puede que plantee conclusiones de la investigación algo alejadas de los datos recogidos porque no le llaman mucho la atención (dada su particularidad) y porque prefiere generalizar (pero ese proceso puede llevarlos a proponer afirmaciones superficiales). Por su parte, el investigador *pragmático* se desmotivará si su rol en la investigación consiste en identificar principios generales que no encuentra aplicables a la realidad, o si siente que las conclusiones se limitarán a diagnosticar el problema (por todos conocido) sin no solo no proponer recomendaciones, sino tampoco diseñar y ejecutar estrategias de cambio que beneficien en la práctica a la comunidad investigada.

Probablemente, la riqueza de una investigación está en contar con todos los estilos de investigadores pues, como planteo en puntos anteriores, es necesario tanto el acercamiento a la realidad social como distanciarse de ella para entender la situación y para aportar en la solución al problema.

Queda entonces la invitación a implementar en clase metodologías activas de aprendizaje como el trabajo colaborativo<sup>47</sup>, que va mucho más allá de simplemente proponer desarrollar una investigación en grupo: se trata de identificar las cualidades de cada uno de los integrantes del equipo, para que se complementen. Así, por ejemplo, los *activos* y *pragmáticos* realizan el trabajo de campo con herramientas más participativas; y los *reflexivos* y *teóricos* se encargan de la revisión documental, la observación y la categorización, con un diálogo permanente entre todos y en ciclos (es decir, no de manera lineal, como pasos, sino volviendo al campo varias veces y replanteando los hallazgos).

47 Betsy Perafán, *Métodos de formación jurídica: trabajo colaborativo* (Lima: Ediciones Nova Print, 2017).

Lo anterior también va para los directores de investigación, en el momento de asignar tareas a sus asistentes. Por supuesto, como en el salón de clases, la labor del profesor y del director es de tutoría: guían, supervisan, acompañan y ayudan al proceso autorreflexivo.

Sin embargo, si el objetivo de clase es desarrollar en los estudiantes todas las habilidades, la estrategia será otra; pero entonces conviene que el docente entienda que a algunos alumnos se les dificultará más que a otros y por ello deberá recurrir a diferentes metodologías de enseñanza. Así mismo, conviene que el profesor o el director de una investigación propongan nuevas maneras de presentar los hallazgos; este será el siguiente y último tema.

## La divulgación de los resultados de la investigación

En una caricatura de Vlado se muestra a un campesino leyendo un libro y le comenta a otro amigo campesino: “no entiendo lo que dice”; el amigo le pregunta: “¿de qué trata?” y el hombre le responde: “es sobre nosotros”. En la tapa del libro se observa el título: *Sociología del campo*.

La manera como se dan a conocer los resultados de una investigación suele preservar el mismo estilo de muchos escritos e intervenciones orales de los abogados: con un lenguaje difícil de entender para quien no estudió derecho, por el abuso de los términos técnicos, los problemas de sintaxis o de organización de las frases, la falta de concisión, entre otros defectos que impiden la adecuada comprensión de lo que se quiere transmitir<sup>48</sup>.

Por ejemplo, a la comunidad afectada con la problemática le podemos presentar los resultados como un dramatizado. Cuando realizamos la investigación sobre las dificultades de comunicación entre los practicantes del Consultorio Jurídico y los usuarios, con los asistentes de investigación grabamos una escena de atención al público: uno de los asistentes asumió el papel de practicante, y el otro de usuario. Cada uno estaba caracterizando lo que encontraron en las observaciones y entrevistas. Siempre aclaramos que no se trataba de mostrar al estudiante típico ni al usuario típico, sino de recoger en ambos las principales dificultades encontradas. Por ejemplo, el practicante no miraba a los ojos al usuario, usaba términos incomprensibles y no escuchaba atentamente; por su parte, el usuario no se centraba en contar su conflicto, presentaba la información de forma incompleta y asentía cada vez que el estudiante hacía una afirmación (aunque no le entendiera).

48 Diego López, *Manual de escritura jurídica* (Bogotá: Legis, 2018) y Cristina Carretero, “La formación lingüística de los futuros juristas en España”. *Anuari de Filologia. Estudis de Lingüística*, n.º 7 (2017): 149, <https://www.raco.cat/index.php/AFEL/article/view/331956>

En cuanto al informe final de la investigación o la publicación de sus resultados, es común que estos escritos sean planos o parcos; sin sobresaltos, cuando la realidad social se asemeja más a una novela. La literatura tiene la ventaja de mostrar la riqueza de la vida de una manera más abarcadora que los típicos textos científicos.

Por ejemplo, mi tesis doctoral<sup>49</sup> está construida como una narrativa y no por eso es menos rigurosa. El lector puede encontrar en ella todos los elementos propios de un informe de investigación: la identificación del problema, una pregunta de investigación, el estado del arte y un marco teórico inicial, la presentación y explicación de los métodos y las herramientas para la recolección de datos, el análisis de estos (a partir de categorías deductivas e infiriendo categorías inductivas) y los resultados o hallazgos. Sin embargo, aunque están presentes de manera explícita (no le queda la carga al lector de encontrarlos), la manera de presentar todos esos elementos es con el estilo de una novela. Así, la lectura se hace más agradable. También su proceso de escritura es mucho más sincero. En mi caso personal, el estilo narrativo ayudó a que mis ideas fluyeran mejor en el momento de escribir porque era auténtico: mostraba el proceso de investigación tal y como fue. En últimas, se trataba de construir mi propia historia de vida en un momento particular.

## Conclusiones

Antes que preocuparnos por formar a los investigadores en métodos de investigación, la invitación es a despertar en ellos la curiosidad, la valentía, la creatividad y la integridad necesarias para que se aventuren a investigar. No es una tarea fácil, pues el sistema educativo ha contribuido más a moldear mentes para que se asemejen a un modelo preestablecido, a mantener a los estudiantes en un esquema, a generar en ellos el temor a equivocarse y a ser diferentes, y a mantenerse más fieles a un método que a los propósitos últimos de la investigación. Primero habría que mirar “más acá” del dilema de los métodos: buscar la motivación para investigar que estaba presente cuando se era niño, y que se ha ido perdiendo.

El “más acá” también hace referencia a un acercamiento mayor del investigador hacia los participantes o sujetos de la investigación (empatía). Pero “más acá” también significa tomar distancia de las personas, para observar la situación desde otras perspectivas, sin la afectación emocional que podría limitar la acción o desesperanza; creer que no es posible el cambio.

49 Perafán, “Una historia rocó: usos y variaciones del teatro del oprimido en una propuesta pedagógica de formación ético-ciudadana”.

“Más acá” es además una invitación a los sujetos de la investigación a participar con el investigador tanto en la elaboración del diagnóstico como en el diseño de estrategias y en las acciones mismas. Las transformaciones se dan en pequeños pasos, no en saltos ni en grandes revoluciones<sup>50</sup>. Los pasos los dan las personas concretas, individualizadas. Cuando las conclusiones de una investigación son muy generales, se vuelve difusa la responsabilidad. En el mismo sentido, “más acá” significa usar un lenguaje cercano o familiar cuando se escribe y presenta el informe final de la investigación, para que los interesados en las conclusiones puedan comprender mejor su propia realidad.

No se trata de aplazar el asunto de los métodos hasta que los estudiantes desarrollen su curiosidad, creatividad, valentía e integridad como investigadores, sino de ir aplicando las herramientas lentamente; es decir, sin la pretensión de acumular una gran cantidad de datos ni de llegar pronto a conclusiones generales o grandes teorías sino de aprender a ser un investigador, siéndolo.

Es así como para ser buenos observadores resulta útil promover la empatía con actividades que obliguen a prestar atención tanto a las acciones como a las emociones involucradas; para ser entrevistadores hábiles conviene aprender sobre el distanciamiento con dinámicas de autoconocimiento y crítica sobre la brecha que hay entre lo que decimos y lo que realmente hacemos; y para moderar de manera efectiva un grupo focal hay que suscitar el involucramiento de los participantes con la creación de ambientes que los motiven a dialogar espontáneamente y sin temor a ser juzgados o a juzgar sí, pero con el interés de entender y transformar su realidad.

Frente a los asistentes de investigación, mi experiencia me ha mostrado que conviene asignar coordinadores de trabajo: quien es más *activo* (espontáneo y sensible) lidera las jornadas de sensibilización; quien es más *pragmático* (práctico y ejecutivo) dirige el diseño y la ejecución de estrategias de mejora; quien es más *reflexivo* (buen escucha e introvertido) se enfoca en recoger información mediante la observación y la entrevista; y quien es más *teórico* (estructurado y con capacidad de abstracción y síntesis) se encarga de apoyar la escritura del informe. Todos trabajan en todos los ámbitos, pero cada uno tiene un rol directivo en lo que se ajusta más a sus habilidades; en últimas, al estilo que más lo motiva a investigar.

Como mencioné, la principal herramienta de investigación es el investigador. Y somos seres únicos, así que también lo son nuestras formas de comprender la realidad y así (únicas) deberían ser también las maneras de comunicar nuestros hallazgos. No olvidemos que todo texto

50 En palabras del cantautor Alfredo Zitarrosa: “[...] Crece desde el pie la fogata, crece desde el pie. Crecen los mejores amores, crecen desde el pie. Para sus colores, las flores crecen desde el pie. Crece desde el pueblo el futuro, crece desde el pie. [...] Crece desde el pie la mañana, crece desde el pie. [...] No hay revoluciones tempranas, crecen desde el pie [...]”. Tomado de “Crece desde el pie”, Letras. <https://www.letras.com/alfredo-zitarrosa/966236/>

científico-social presenta una construcción estructurada de conocimiento sin dejar de ser una visión personal. Y la visión personal muestra tanto quién estoy siendo como quién quiero ser.

## Bibliografía

- Atkinson, Paul y Martyn Hammersley. *Etnografía: métodos de investigación*. Barcelona: Paidós, 1994.
- Boal, Augusto. *Juegos para actores y no actores*. Barcelona: Alba, 2001.
- . *Teatro como arte marcial*. Río de Janeiro: Garamont, 2003.
- . *El arco iris del deseo: del teatro experimental a la terapia*. Barcelona: Alba, 2004.
- . *Legislative Theatre*. Londres: Routledge, 2006.
- . *Teatro del oprimido: teoría y práctica*. Barcelona: Alba, 2009.
- Bonilla, Elssy y Penélope Rodríguez. *Más allá del dilema de los métodos: investigación en ciencias sociales*. Bogotá: Norma y Ediciones Uniandes, 2005.
- Brecht, Bertolt. *Escritos sobre teatro*. Barcelona: Alba, 2004.
- Carretero, Cristina. "La formación lingüística de los futuros juristas en España". *Anuari de Filologia. Estudis de lingüística*, n.º 7 (2017): 149-171, <https://www.raco.cat/index.php/AFEL/article/view/331956>
- "Crece desde el pie". *Letras*. <https://www.letras.com/alfredo-zitarrosa/966236/>
- Kolb, David. *Experiential learning: Experience as the source of learning and development*. New Jersey: Prentice-Hall, 1984.
- López, Diego. *Manual de escritura jurídica*. Bogotá: Legis, 2018.
- Perafán, Betsy. "El fin del derecho: ¿generar autonomía?". En *Introducción al derecho: obra en construcción*, coordinado por Patricia Moncada Roa, 51-72. Bogotá: Temis y Ediciones Uniandes, 2011.
- . "Una historia rocó: usos y variaciones del teatro del oprimido en una propuesta pedagógica de formación ético-ciudadana". Tesis de doctorado, Universidad de los Andes, 2015.
- . *Métodos de formación jurídica: Trabajo colaborativo (fascículo 4)*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Ediciones Nova Print, 2017.
- Robinson, Ken. *Out of our minds: Learning to be creative*. Oxford: Capstone, 2011.
- Rorty, Richard. *Contingencia, ironía y solidaridad*. Barcelona: Paidós, 1996.
- Salazar, María Cristina. *La investigación-acción participativa: inicios y desarrollos*. Bogotá: Magisterio, 1992.
- Sanctum, Flavio. *A Estética de Boal, Odisseia pelos sentidos*. Río de Janeiro: Editora Multifoco, 2012.
- Sousa Santos, Boaventura de. *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: ILSA, 1991.
- Stake, Robert. *Multiple case study analysis*. Nueva York: The Guilford Press, 2006.
- Tian, Min. *The poetics of difference and displacement*. Twentieth Century Chinese Western Intercultural Theatre. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2008.
- Zuleta, Estanislao. *Elogio de la dificultad y otros ensayos*. Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2009.

# **La argumentación jurídica y su estructura: una propuesta metodológica para pensar e investigar como profesional del derecho\***

Renata Amaya González

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.474>



## Introducción

Desde mi experiencia personal, siempre ha sido un reto entender qué me diferencia como abogada dedicada a la docencia y a la investigación jurídica de otros ejercicios profesionales derivados del derecho y de otras disciplinas sociales. En esta medida, en el presente texto pretendo exponer mi propia vivencia como investigadora en el ámbito jurídico, utilizando una estrategia de investigación particular y mostrarle al lector cómo he asumido y resuelto los retos que se han derivado de entender cómo me aproximo a las preguntas y problemas que, desde el derecho, he intentado abarcar en el ejercicio de mi profesión. Mi pretensión es aportar, desde esta autorreflexión, aprendizajes para experiencias particulares y maneras de entender el derecho a la hora de investigar.

Uno de los aprendizajes que quiero compartir a continuación es *la necesidad de explicitar los sesgos*, en el momento de investigar; los anteriores entendidos como las valoraciones personales de carácter ideológico y político que existen y que, de hecho, son importantes como elementos para la crítica, pero desde la investigación, considero que es preciso hacerlos explícitos.

Mi tesis en el presente texto es que, si bien las ciencias sociales, y entre ellas el derecho, comparten preocupaciones, estrategias metodológicas y métodos para crear conocimiento, existen elementos de aproximación disciplinares de carácter particular, que se relacionan no solo con la forma de investigar sino con las preguntas, las fuentes y su uso, que diferencian ciertas aproximaciones a la investigación jurídica de las que se desarrollan en otras disciplinas como la ciencia política y la sociología. Así pues, plantearé estas particularidades desde una perspectiva que, para efectos del presente texto, denominaré: investigación argumentativa y de carácter hermenéutico.

Para probar la afirmación planteada en el párrafo anterior, presentaré diferentes experiencias personales que quisiera compartir con el lector, y que ponen en evidencia lo que ha significado para mí investigar desde el derecho, lo cual se relaciona, desde mi perspectiva, con *qué significa pensar como abogada*. Para esto hablaré de mis dos pregrados, derecho y antropología, retomaré de forma más puntual lo ocurrido en la maestría, luego describiré brevemente la experiencia elaborando una publicación en el tema de la argumentación jurídica que tuve la oportunidad de desarrollar y terminar exitosamente, de la mano de otro colega, Nicolás Parra, y de profesores y exmonitores de una clase que, en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, se llama Argumentación 1-Lógica y Retórica. Finalmente, narraré cómo fue mi investigación en el doctorado.

Con esta aproximación, pretendo además responder a las preguntas generales que convocan el presente libro: ¿Qué metodologías ha utilizado en sus investigaciones? ¿Cuáles temáticas ha analizado a través de estas metodologías? ¿Qué ventajas tienen estas metodologías? ¿Qué limitaciones o desafíos ha encontrado al utilizar estas metodologías y métodos en sus investigaciones?

## **Doble formación: abogada y antropóloga**

En este acápite quiero compartir con el lector las razones por las que decidí realizar doble programa entre derecho y antropología y qué significó para mí haber asumido esta opción. Además, quisiera mostrar que la doble mirada implica, aparte de ampliar la perspectiva cognitiva, un reto en términos de adaptación de estructura mental y de competencias de aprendizaje, que se han reflejado en la forma en la que he venido llevando a cabo investigación jurídica. Con este contexto comienzo mi relato.

Cuando terminé el cuarto semestre de mi pregrado en derecho entré en crisis. La disciplina pasó de ser un escenario para la reflexión crítica y se convirtió en un desierto de conceptos, reglas y procedimientos. Entonces, la discusión sobre la justicia, sobre la transformación de la sociedad, quedó completamente *relegada* y, por supuesto, también quedó *en segundo plano* la posibilidad de trabajar directamente con las personas. Enfrenté esta crisis tomando como parámetro una posibilidad que brindaba la universidad: hacer otro pregrado. Tenía que ser en ciencias sociales y permitirme aproximar a escenarios en los cuales humanizar el derecho<sup>1</sup>. Escogí antropología.

<sup>1</sup> Vale la pena resaltar que desde esta perspectiva se entiende que el derecho es una disciplina social profundamente violenta, pues aparece cuando hay conflictos, cuando hay problemas, cuando hay escenarios difíciles de resolver.

Al comenzar a estudiar antropología me enfrenté al estudio de instituciones y áreas del conocimiento que ni siquiera me imaginé que pudiera llegar a conocer, tales como arqueología, osteología y biología. Desde el comienzo tuve una ventaja en la elaboración y construcción de textos y en el desarrollo de las temáticas. ¿En qué consistía esa ventaja? Con el tiempo entendí que era la estructura mental que me había dado el derecho y, sobre todo, la forma en que dicha estructura me permitía formular preguntas de investigación<sup>2</sup>. También me enfrenté a una debilidad: la identificación de fuentes primarias y la diferenciación de estas, frente a las que yo utilizaba, desde la disciplina jurídica.

Así pues, la Constitución, las normas, la jurisprudencia, se veían relegadas a fuentes de carácter teórico o secundarias, o simplemente no servían y era preciso buscar textos acerca de la motivación de las normas o de las decisiones judiciales, pero por sí mismas las leyes no eran adecuadas como fuentes primarias de análisis ni de aproximación a la realidad. Por supuesto, al utilizar las fuentes jurídicas como fuentes primarias de información, se está partiendo de una forma de investigar de carácter documental y que, como ya se señaló en la introducción, pretende responder a los planteamientos de Alexy y de Atienza quienes se aproximan *al derecho como argumentación*. Al respecto, y conforme a la tesis planteada, considero que esta es precisamente la aproximación metodológica frente a la investigación jurídica que expongo en el presente texto<sup>3</sup>.

En consecuencia, la argumentación como apuesta de investigación desde el derecho implicaría lo siguiente, conforme a lo expuesto por los autores mencionados y a la interpretación que se hace de sus planteamientos. Por un lado, a partir de la propuesta de Alexy, se podría afirmar que cuando se realiza un análisis que implica la aplicación de normas jurídicas, no se estaría frente a una simple aplicación de reglas lógicas. Esto obedece, en palabras del autor, por lo menos a cuatro razones: a la vaguedad del lenguaje jurídico; a la posibilidad de encontrar conflictos entre normas; y casos sin normas jurídicas vigentes asociadas; y a la necesidad, en casos excepcionales, incluso de ir contra ciertas normas. Bajo este contexto, se debería pensar en un sistema de enunciados más que en uno

2 Al respecto, se sugiere ver los siguientes textos que hablan sobre las posibilidades que se derivan de la enseñanza del derecho y que superan el formalismo y la magistralidad como estrategias pedagógicas: Betsy Perafán, "Variaciones para una ciudadanía rococó", *REDU Revista de Docencia Universitaria* 12, n.º 3 (2014): 335-363; Juny Montoya, "The current state of legal education reform in Latin America: A critical appraisal", *Journal of Legal Education* 59, n.º 4 (2010); y Daniel Bonilla, "El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica", en *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión*, editado por Elena Olea Rodríguez (Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2013), 259-302.

3 Véase Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989); Manuel Atienza, *Derecho y argumentación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997); y Manuel Atienza, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003).

normativo, para fundamentar las decisiones jurídicas<sup>4</sup>. Todo eso responde a ciertas formas de entender la realidad jurídica y de aproximarse a la investigación desde el derecho, pues se asumen los presupuestos señalados.

Por otro lado, Alexy menciona la diversidad de formas en que se puede presentar la argumentación jurídica, las cuales se relacionan con un elemento común: su vinculatoriedad, dado que buscan establecer cuál es el derecho vigente. Por esto, encuentra que, en la argumentación jurídica, se presentan diferentes tipos de justificaciones: una de ellas, la interna, que se concentra en el silogismo (dos premisas de las que se sigue necesariamente una conclusión). Del planteamiento silogístico, en general, se deriva una regla de la norma del derecho positivo y, si no se deriva, entonces hay que construirla. En este contexto es fundamental la posibilidad de encontrar un principio de universalidad, mediante reglas de esta índole, que, además, serviría de base para la pretensión de justicia formal. Se requieren entonces dos presupuestos: una norma universal y que la decisión jurídica se siga lógicamente al menos de una norma universal, al lado de otras proposiciones. La ventaja en este tipo de justificación es que, al contar con reglas universales, se contribuye a la justicia y a la seguridad jurídica. Al aplicar lo anterior a la investigación jurídica tendríamos que, en este contexto, las normas pueden ser entendidas como fuentes primarias y premisas fundamentales de los argumentos y que el silogismo es una de las maneras en que se pueden presentar los resultados de la investigación propuesta.

Respecto a la propuesta de Atienza se abstraen los siguientes elementos: (1) una estructura para entender el derecho como argumentación; (2) la argumentación jurídica es una forma de argumentación moral y, (3) esta forma de argumentar, la que deriva del análisis jurídico, requiere justificación; elementos esenciales para crear conocimiento desde el análisis documental y su respuesta argumentativa<sup>5</sup>.

Ahora bien, ¿en qué consiste la estructura que me ha dado el derecho? Podría parecer obvio pues es una estructura mental con la que seguramente profesionales de otras disciplinas también cuentan; sin embargo, la estructura que se presenta a continuación constituye, desde la perspectiva presentada en este capítulo, un escenario de investigación básico para indagar y crear conocimiento desde el mundo jurídico y, además, evidencia un aspecto que podría diferenciar a los abogados de otras áreas del conocimiento.

También, desde mi experiencia como docente, dicha estructura constituye el andamiaje básico para que los estudiantes aprendan a enfrentar

4 Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*.

5 Atienza, *Las razones del derecho*.

retos de aprendizaje de carácter jurídico<sup>6</sup>. Así pues, considero que esta estructura comienza por la habilidad de determinar qué es importante en un contexto y qué no lo es. En términos jurídicos, estaríamos hablando de la capacidad de establecer los *hechos relevantes* y esta competencia se relaciona con otra menos evidente: la capacidad de contar historias, entendidas como narraciones con un inicio, un nudo y un desenlace, en las que hay sujetos concretos que en el mundo jurídico podrían ser personas naturales o jurídicas o grupos sociales. Si bien la etnografía y otros métodos cualitativos podrían hacer algo similar, desde el campo del derecho, las fuentes, su uso, así como el lenguaje con el que se narra (técnico y normativo), diferencian nuestras narraciones de aquellas presentadas desde otras disciplinas sociales.

Los abogados, en diferentes escenarios de la vida profesional, nos dedicamos a reconstruir y narrar historias de personas que han visto vulnerados sus derechos, por ello, en esta construcción/narración, el lenguaje y la *forma de decir* resultan fundamentales. La creación de conocimiento jurídico desde la investigación entendida como argumentación e interpretación, se relaciona con el análisis de documentos jurídicos y de situaciones que atañen al derecho y que afectan a personas concretas y puede desarrollarse de múltiples formas que van desde el análisis crítico de una norma o la aclaración de su sentido, hasta la construcción de instituciones jurídicas encaminadas a mejorar la calidad de vida de una comunidad; entre otros muchos escenarios.

El siguiente paso en la estructura, luego de la determinación de los hechos relevantes, sería la elaboración del *problema jurídico o de la situación problemática* que podría denominarse también tesis o idea central<sup>7</sup>. Una aproximación frente a qué se entiende por idea central o tesis podría ser la acogida por Michael Watts: “the question then becomes, how do I push this question forward, develop and refine it, convert a hunch into a research program, a proposal”<sup>8</sup>. En otras palabras, se requiere una pregunta que responda a un contexto y que se pueda soportar en un marco conceptual que permita entender el tema tratado.

Más adelante, la estructura exige el correspondiente soporte para enfrentar la pregunta de investigación y las líneas teóricas y conceptuales

6 Para tener una propuesta acerca de cómo se puede enseñar desde el derecho y particularmente cómo son y de qué forma se aplican metodologías de aprendizaje, se sugiere revisar: Betsy Perafán, *Colección métodos de formación jurídica* (Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017). En estos textos también se habla de la importancia de los hechos relevantes, en relación con el tema que se viene tratando y de la construcción de problemas jurídicos.

7 Al respecto véase el análisis sobre el planteamiento de Watts en el capítulo: Renata Amaya, “¿Cómo y dónde empezar y terminar? Una aproximación a conceptos básicos de la argumentación jurídica”, en *Una mirada a la argumentación jurídica*, compilado por Renata Amaya González y Nicolás Parra Herrera (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2019), 43-63.

8 Michael Watts, “The Holy Grail: In pursuit of the dissertation proposal”. *Institute of International Studies University of California, Berkeley* (2001), 1-22.

para desarrollarla y, finalmente, una estrategia para conectar la teoría con la práctica<sup>9</sup>, elementos fundamentales para el mundo del derecho en el que la diferencia entre lo que dicen las normas y la realidad es una constante preocupación. Todo lo anterior parte de entender que se está planteando una de las diversas formas de investigar desde el derecho, que no es la única y que, como se ha dicho, es de índole documental y de carácter argumentativo<sup>10</sup>, al pretender interpretar la realidad normativa desde el análisis de textos con incidencia jurídica. Esta propuesta no abarca la complejidad de la disciplina ni las diferentes aproximaciones que se pueden tener frente a ella, por ejemplo, la investigación desde el derecho comparado, la investigación desde la historia del derecho o la investigación desde la antropología jurídica.

En relación con el concepto de problema jurídico no sobra manifestar que se trata de un concepto ambiguo y que durante mi formación como abogada nunca conté con una definición precisa de él. Sin embargo, como estudiante era posible abstraer la situación problemática de forma clara, pues aprendimos a problematizar y esta competencia, resultó muy útil al estudiar antropología pues en esta disciplina, como en otras de carácter social, se requiere encontrar las tensiones y plantear las problemáticas que se derivan de ellas.

Conforme al aprendizaje adquirido, la mejor definición de problema jurídico que he logrado identificar es la siguiente: problema que se plantea como pregunta dicotómica, es decir, que se puede responder con sí o con no y que implica centrar la tensión jurídica, a partir del caso concreto que se está trabajando<sup>11</sup>. De esta definición se puede inferir qué no es un problema jurídico, en este sentido, no sería un problema jurídico, aquel en el que la respuesta está autoinferida o se da *a priori*; tampoco lo sería si la pregunta analiza el contenido de instituciones jurídicas en abstracto o si no se tienen en consideración los hechos puntuales de la situación o del caso estudiado.

Otra definición útil para entender un problema jurídico se encuentra en la guía para elaborar textos que respondan a la metodología *Problem based learning* (ABP en español, Aprendizaje basado en problemas), elaborado por Camila Jaramillo Salazar y que se encuentra disponible en los recursos del Centro de Español de la Universidad de los Andes, ella lo entiende como un problema que representa “conflictos jurídicos mucho más complejos y que generalmente no pueden resolverse con una sola

9 Amaya, “¿Cómo y dónde empezar?”, 46.

10 Aunque valdría la pena preguntarse si desde el derecho o desde las ciencias sociales, la investigación no exige, en todos los casos, argumentación. Frente a esta pregunta retórica se podría aducir que existe la investigación descriptiva y nuevamente surge la pregunta de si realmente existe una descripción que no encierre una postura particular y, en esta medida, una intención argumentativa.

11 Perafán, *Colección métodos de formación jurídica: aprendizaje basado en problemas*.

norma". Además, establece que se trata de preguntas cerradas con dos opciones de respuesta: sí o no, y que pueden ser aplicados en otros casos similares. Finalmente, señala que no son buenos problemas jurídicos si las preguntas ya están resueltas<sup>12</sup>.

El tercer elemento de esta estructura es la necesidad de presentar las ideas de forma sustentada, a lo que se denomina *argumentación* y es jurídica si resulta relevante en el mundo del derecho. En consecuencia, resulta fundamental para la investigación jurídica de la que se está hablando en la presente investigación, que tiene carácter cualitativo y que es de índole documental (normas, jurisprudencia, doctrina y demás documentos que pueden resultar relevantes para el derecho) el sustento de las ideas, a partir de argumentos sólidos —este punto se retomará más adelante— pues la competencia argumentativa es, en sí misma, una estrategia metodológica.

¿Y qué se entiende por esta competencia metodológica?<sup>13</sup> Se entiende como la capacidad de plantear párrafos con una intención dirigida a probar una idea central o una tesis. Su consecuente sustento es una nota distintiva, aunque no exclusiva, de la formación jurídica<sup>14</sup>. Esto implica, además, una mirada particular frente al derecho que se puede entender como una disciplina o una profesión que exige la competencia argumentativa, desde la que la verdad se construye y en la que es posible afirmar que no hay una sola respuesta correcta para enfrentar un problema, aunque no todas las respuestas sean posibles y aunque existan límites para la interpretación<sup>15</sup>. Finalmente, la competencia de asumir temáticas desconocidas y poder enfrentarlas sin miedo y con rigor sería el último elemento de esta estructura metodológica inicial y que caracteriza la aproximación a la investigación jurídica planteada en el presente texto y que me permitió culminar de forma exitosa el doble programa.

En síntesis, la apuesta que me atrevo a denominar *metodológica* en virtud de la exigencia que ha tenido para mí al enfrentar retos que implican la creación de conocimiento, y que desde la investigación logré consolidar al estudiar mis dos grados, consistió en: (1) aprender a narrar historias

12 Camila Jaramillo, "Guía para textos PBL en derecho", Centro de Lectura, Escritura y Oralidad en Español, sin fecha, <http://leo.uniandes.edu.co/index.php/menu-escritura/disciplina/87-derecho/I12-guia-para-textos-pbl-en-derecho>

13 Considero —y esta es la tesis que se sostiene en el presente texto— que la argumentación jurídica es, en sí misma, una competencia metodológica y una estrategia de investigación que sirve para presentar resultados de investigación en materia jurídica y evidentemente en cualquier otra disciplina en la que la creación de conocimiento implique la realización de análisis que contiene valoraciones interpretativas con incidencia ideológica, política, entre otras.

14 Anthony Weston, *Las claves de la argumentación* (Barcelona: Ariel, 2003); y Andrés Hoyos, *Manual de escritura* (Bogotá: Libros Malpensante, 2015).

15 El concepto mencionado se construye a partir de la aproximación al derecho de Manuel Atienza y Robert Alexy, en los textos mencionados, y el de Rodolfo Arango, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* (Bogotá: Siglo del Hombre, 1999).

determinando los hechos relevantes; (2) plantear una idea central o tesis, a partir de la problematización jurídica de las situaciones estudiadas; (3) el desarrollo argumentativo utilizando fuentes jurídicas, contando para todo ello con la posibilidad de enfrentar las temáticas escogidas sin miedo y aclarando los sesgos que asume el rol del investigador en el estudio de las anteriores<sup>16</sup>.

## **Maestría en Estudios Liberales: un estudio crítico sobre el gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez**

La maestría<sup>17</sup>, como experiencia de investigación, constituyó un reto en múltiples sentidos, uno de ellos, quizá el más obvio fue hacerla en inglés, pues implicaba un cambio en la estructura mental para redactar y, con ello, realizar un esfuerzo por escribir de forma simple y clara<sup>18</sup> sin algunas de las figuras literarias propias del español. Por otro lado, no estudié una maestría ni en derecho ni en antropología, de hecho, era una maestría interdisciplinaria, pero con énfasis en herramientas y en escuelas críticas, elementos propios del espíritu de la universidad donde la realicé: New School for Social Research, institución educativa creada por profesores europeos que salieron de sus países durante la Primera y la Segunda Guerra mundiales o durante la Guerra Fría<sup>19</sup>, quienes le dieron una aproximación metodológica particular, pues interactúa con dinámicas académicas de escuelas europeas y norteamericanas.

En mi primera propuesta de investigación para la maestría quería *deslegitimar* la figura del expresidente colombiano y mostrar mi posición frente a su elección, pero lo quería hacer a partir de mis sesgos e intentaba

16 Considero que los objetivos planteados en el Programa de Derecho de la Universidad de los Andes constituyen, a su vez, una apuesta metodológica de enseñanza-aprendizaje, en la medida en que intentan que los estudiantes logren desarrollar competencias de argumentación, investigación —entendida como la capacidad de asumir retos de forma autónoma— y prevención y resolución de conflictos. Además de la competencia que se relaciona con la capacidad de entender y resolver los problemas desde una perspectiva ética. En estas competencias está implícita la estructura desarrollada en el presente acápite.

17 Realicé una Maestría en Estudios Liberales en The New School for Social Research en Nueva York, entre el 2002 y el 2004. Este es un posgrado interdisciplinario en ciencias sociales que permite explorar la investigación desde diversas perspectivas.

18 En la primera clase de escritura en inglés que tomé en la maestría, la docente realizó un símil que hoy en día utilizo con mis estudiantes al hablar de oralidad y escritura: piense en el lector o en el auditorio como una pared blanca. Esto implica un esfuerzo en términos de claridad y economía del lenguaje que son más comunes en el inglés académico que en el español y que debería llegar a constituir un rasgo de la investigación jurídica.

19 Al respecto, se puede ver la información relevante en la siguiente página web: "History", *New School for Social Research*, <https://www.newschool.edu/nssr/history/>. Sin embargo, vale la pena resaltar el siguiente fragmento histórico sobre esta universidad: "The New School was founded in 1919 by a group of progressive intellectuals looking for a new, more relevant model of education, one in which faculty and students would be free to honestly and directly address the problems facing societies [...]".



neutralizarlos, al hablar de la simbología de sus gestos, que, si bien es susceptible de múltiples análisis, es muy similar a la de cualquier líder político que se encuentra en el poder. Mi director de tesis me preguntó si no era trivial la pregunta, sobre todo cuando yo también afirmaba que Uribe Vélez había llegado al poder de forma democrática, con un número nada despreciable de votos.

Así pues, tuve que reestructurar mi proyecto de investigación hasta contar con una hipótesis y una pregunta de investigación que no asumiera simplemente un sesgo, y una respuesta que yo quería autoafirmar, es decir, una valoración personal de carácter subjetivo, un prejuicio propio, como ocurría hasta ese momento; y que pudiera convertirse en un reto de investigación serio académicamente, que me llevara a explorar la realidad desde diferentes perspectivas analíticas y corroborar o negar la hipótesis y la pregunta elaboradas.

De esta forma, entendí que al enfrentar críticamente un aspecto del gobierno del expresidente colombiano Álvaro Uribe Vélez, no estaba haciendo un estudio sociológico, ni político, ni *estadístico*, sino una crítica jurídica y normativa sobre las implicaciones que algunos desarrollos elaborados y aprobados por su gobierno tuvieron en el ejercicio de derechos fundamentales como la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia, desde la aplicación de los postulados de la seguridad democrática.

La pregunta de investigación que estudié era si un gobierno considerado democrático podía, legítimamente, limitar derechos civiles (derechos fundamentales) como un medio para proteger el orden público y la soberanía del Estado. La segunda parte de la pregunta de investigación consistió en establecer a qué se debería dar prioridad, en la tensión existente entre derechos fundamentales y el deber estatal de conservar el orden público<sup>20</sup>. Esta parte de la pregunta resulta relevante para poner énfasis en que una de las formas en que los abogados construimos preguntas de investigación es a partir de la formulación de problemas jurídicos, entendidos, como se señaló, como preguntas dicotómicas que pongan en evidencia un dilema con incidencia en el mundo del derecho.

Para lograr lo anterior realicé un estudio de caso de la entonces denominada Ley Antiterrorismo, aprobada por el Congreso en diciembre del 2003, que realmente fue un acto legislativo encaminado, desde la perspectiva gubernamental, a generar estrategias legales para luchar contra el terrorismo y, así, garantizar el orden público y la soberanía estatal, que estaban siendo deteriorados por los grupos armados al margen de la ley.

Desde mi perspectiva analítica, esta ley revelaba la tensión mencionada y permitía limitar ciertos derechos fundamentales para combatir actos

20 Renata Amaya, "Legitimacy of governmental strategies combating terrorist groups in Colombia vs. the illegitimacy of curtailing first-rank rights. A conflict between state's responsibilities and individual's rights" (tesis de maestría, New School for Social Research, 2004).

de terrorismo. Entre estos derechos estaban el derecho a la intimidad, para el que se generaba una excepción frente a la posibilidad de interceptar o registrar correspondencia u otras formas de comunicación privada, que en principio era inviolable. La ley contemplaba esta posibilidad si se contaba con autoridades previamente establecidas que lo solicitaran y siempre y cuando se realizara con el propósito de prevenir actos terroristas<sup>21</sup>. Todo esto derivaba en lo que concluí después: que limitar derechos fundamentales para priorizar la lucha antiterrorista, podía resultar en un debilitamiento de la democracia constitucional y en la pérdida de la legitimidad democrática.

Otro reto que enfrenté consistió en la necesidad de definir, no solo teóricamente sino también en términos comprensibles para los anglohablantes, instituciones jurídicas propias de nuestro sistema, tales como los derechos fundamentales. Al respecto, la traducción más clara que en ese momento pude encontrar fue *first rank rights*. En este sentido, considero que la investigación jurídica debe ser capaz de adaptar o de traducir instituciones locales o domésticas para los diferentes públicos académicos y/o normativos a los que se tiene intención de hablar.

Además, la escritura y reescritura del texto hasta contar con una pregunta satisfactoria que no fuera una verdad evidente y que no contuviera una respuesta autocontenida, que no respondiera simplemente a un sesgo, es decir, a una opinión personal sin sustento teórico ni práctico<sup>22</sup>, y que sirviera para realizar un análisis normativo y crítico, constituyó otro desafío metodológico. Considero que este desafío es de orden metodológico en la medida en que el proceso de pensar y repensar la pregunta y el problema de investigación es la primera etapa de toda aproximación a la construcción de conocimiento y es, de por sí, uno de los elementos básicos para construir cualquier proyecto de indagación.

Así pues, a partir de separar el sesgo del análisis jurídico, mi propuesta metodológica, que realmente no surgió de un libro de metodología de investigación, sino de la naturaleza misma del texto y de la tesis que pretendía escribir y responder, terminó siendo la realización de un *análisis crítico de la estrategia legislativa* desarrollada por el presidente Álvaro Uribe Vélez

21 Afortunadamente, la división del poder público en Colombia desempeña un papel fundamental, cuando cualquiera de las ramas del poder público se quiere imponer; lo cual se refleja en el artículo 15 de la Carta Política, según el cual las limitaciones propuestas en el acto legislativo fueron, a su vez, limitadas por la Corte Constitucional: "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley".

22 El texto inicial de la tesis respondía al sesgo mencionado en la introducción: Uribe es un gobernante autoritario y se parece a un dictador en su gesticulación y maneras de dirigirse al público.

en su primer gobierno (2002-2004), encaminada a combatir a los grupos al margen de la ley: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), Ejército de Liberación Nacional (ELN) y Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

Me centré en establecer por qué consideraba ilegítima la estrategia para combatir el terrorismo del gobierno de turno, pues ella se dirigía a imponer límites en los derechos fundamentales, al considerar dicha limitación como un medio necesario para apoyar al Estado en el cumplimiento de su responsabilidad de garantizar el orden público. Este análisis partía de estudiar cada estrategia a la luz de las posibles modificaciones en la Carta Constitucional y establecer si con aquellas se limitaban ciertos derechos fundamentales. Tuve que rehacer el trabajo en dos oportunidades y este proceso de depuración de las versiones previas logró transformar un sesgo: “el gobierno de Álvaro Uribe Vélez podía entenderse como autoritario y en ese contexto, Colombia se había convertido en una dictadura constitucional”, en un estudio normativo de carácter argumentativo y hermenéutico, pero con un fundamento más claro y con un alcance más limitado, sin una pretensión de generalización que cualitativamente y, en términos argumentativos, podía perder fuerza y credibilidad.

En síntesis, este trabajo de investigación se construyó aplicando una metodología de análisis normativo con pretensiones de generar controversia y de hacer crítica frente a la realidad jurídica<sup>23</sup>, que tuvo como propósito cuestionar las modificaciones de ciertos artículos constitucionales, a través de una modificación legislativa realizada por el entonces presidente de la República de Colombia. En este proceso fueron fundamentales varios procesos con incidencia metodológica: reestructurar en dos ocasiones la pregunta de investigación; explicitar los sesgos y diferenciarlos de la pregunta de investigación para poder consolidarla y desarrollar una tesis sólida argumentativamente y rehacer el texto, también en dos oportunidades, para fortalecer este último punto.

Para terminar y con el propósito de no perder de vista la tesis planteada al inicio, de la investigación realizada en este caso se deriva otra característica propia de la propuesta desarrollada en el texto y que se comparte con otras disciplinas: la necesidad de enfrentar seriamente los sesgos para realizar análisis con valor, en este caso, para el estudio jurídico. También, se pone en evidencia cómo la reestructuración de las preguntas y de los argumentos son elementos de reflexión que se presentan de manera constante en la investigación entendida como argumentación desde la disciplina jurídica.

23 Este complejo concepto (análisis con pretensiones de generar controversia y de hacer crítica): cumple un propósito netamente descriptivo, no pretende acogerse a ninguna corriente teórica ni aproximación particular en términos de los estudios jurídicos que se realizan en la actualidad.

## Una mirada a la argumentación jurídica<sup>24</sup>: el aprendizaje en clase y la colaboración entre pares

Este caso pretende ilustrar una estrategia metodológica que utiliza como insumo de investigación lo que ocurre en el aula de clase. Desde este escenario, asumo que los docentes, en general, subestiman, en términos de las posibilidades de desarrollar publicaciones, lo que ocurre en las clases y este espacio es uno de los más importantes para aplicar el conocimiento y desarrollarlo. El ejemplo utilizado en el texto *Una mirada a la argumentación jurídica*<sup>25</sup> es el resultado de una experiencia de mucho tiempo en el salón de clase.

La clase de la que se derivó el trabajo mencionado y que articuló a varios autores se denomina Argumentación 1: Lógica y Retórica, un curso de primer semestre y de carácter obligatorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Es una clase que funciona por competencias, en el caso concreto, se trabaja con escritura y oralidad desde el derecho, y hace parte de los cursos de escritura (cursos E) ofrecidos por el programa de Pregrado en Derecho de esta institución de educación superior<sup>26</sup>.

Para efectos de las preguntas que se derivan del presente texto, la necesidad de escribir para la clase surgió al revisar la bibliografía existente en temas de argumentación jurídica. En este ámbito existen textos teóricos de suma trascendencia y tradición como los mencionados de Alexy y Atienza, y en otros de dichos autores que desarrollan las aproximaciones presentadas<sup>27</sup>, y otros con un enfoque más práctico o que provienen de la lógica formal como el de Copy y Cohen, el de Anthony Weston o los de Perelman, que sirven como textos teóricos o como manuales de

24 Si bien todo el texto habla de una propuesta desde la argumentación jurídica, este capítulo lleva el nombre de un texto que publiqué en compañía de otros colegas y termina siendo una reafirmación del planteamiento realizado, que se fundamenta en asumir que la argumentación jurídica es una estrategia metodológica de investigación desde el derecho que aunque implica compartir con las ciencias sociales varias competencias y estrategias de investigación, se diferencia de ellas en el enfoque y en las fuentes usadas para la construcción de conocimiento.

25 Renata Amaya y Nicolás Parra Herrera, compiladores, *Una mirada a la argumentación jurídica* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2019).

26 A continuación, se describe brevemente el curso, partiendo de lo que se elaboró al respecto en un texto que se encuentra en el capítulo de Renata Amaya y Betsy Perafán, "Reconciliación de la ficticia división entre forma y contenido: una propuesta de aprendizaje", en *Aprender a escribir en la universidad*, compilado por Eduardo Escallón y Andrés Forero (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015), 17: "la clase de Lógica y Retórica que se ofrece en la Universidad de los Andes ha tenido como reto trabajar a partir de habilidades, lo cual ha implicado entender que los contenidos se desarrollan como consecuencia del hacer y, en este contexto, dicho hacer implica que, a través de la oralidad y de la escritura, los estudiantes van a poder llegar a entender que la forma y el contenido son dos caras de la misma moneda: no sólo tienen que expresarse bien, sino que tienen que ser sólido. Para lograr esto, las matrices de evaluación de los ejercicios orales y escritos parten de los siguientes criterios, en donde se pretende, sin perder de vista la diferencia entre el lenguaje oral y el escrito, mostrar que solo hablando y escribiendo bien, se logra comunicar ideas de forma sólida y convincente [...]".

27 Al respecto, revisar los textos mencionados de los autores citados.

aprendizaje<sup>28</sup>. Así pues, consideramos, con un grupo de profesores, profesoras y monitores, que resultaba relevante elaborar un texto que se derivara del aprendizaje que cada uno ha tenido enseñando la materia y de esta forma construimos la publicación.

El título *Una mirada a la argumentación jurídica*, refleja que los autores no tienen la pretensión de presentar una lectura única sobre la argumentación y sus elementos, sino una perspectiva que surge de los aprendizajes particulares. Así pues, en el prólogo, Juan Jacobo Calderón, quien generosamente leyó y analizó el texto, señala que se puede entender de diferentes formas y, entre ellas, destaca que puede ser leído “como un manual para practicantes del derecho preocupados por convencer correctamente”<sup>29</sup>. Esta apreciación deja en evidencia que puede ser un insumo para públicos diversos, entre ellos, estudiantes y docentes y que la multiplicidad de miradas fue un elemento metodológico utilizado para la construcción de conocimiento sobre argumentación desde una mirada a esta área del conocimiento desde el derecho y con un enfoque propio de docentes y abogados locales (colombianos). Este elemento es relevante, pues desde la investigación jurídica de carácter argumentativo y hermenéutico muchos textos pretenden mostrar las diferentes lecturas que se presentan frente a un tema o frente a una institución jurídica particular. Esta posibilidad es otra característica de este enfoque frente a la investigación jurídica.

En segundo lugar, Calderón menciona que se puede encontrar una idea articuladora entre los diferentes capítulos que es el entendimiento de la disciplina como práctica argumentativa, resultando un texto importante para la investigación jurídica, para los debates curriculares, para el desarrollo pedagógico y para entender las diferentes formas de ejercer disciplina si se asume como prioritaria la cuestión argumentativa<sup>30</sup>. En esta medida, el texto en sí mismo podría ser entendido como una apuesta metodológica de enseñanza y aprendizaje desde y para la argumentación y, por esto, resulta relevante en el presente texto. Además, la diversidad de fuentes utilizadas y de temas tratados muestra cómo el diálogo entre autores y la articulación a través de un hilo conductor puede producir conocimiento jurídico relevante.

Entonces, habría *varios elementos metodológicos* que vale la pena resaltar en la elaboración de la publicación mencionada. El primero consistió en la

28 Al respecto véase Irving Copi y Carl Cohen, *Introducción a la lógica* (Ciudad de México: Limusa, 1995); Anthony Weston, *Las claves de la argumentación* (Barcelona: Ariel, 2003); y Chaim Perelman, *El imperio retórico* (Bogotá: Norma, 1997).

29 Juan Jacobo Calderón, prólogo a *Una mirada a la argumentación jurídica*, de Renata Amaya González y Nicolás Parra Herrera (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2019), viii.

30 Calderón, prólogo a *Una mirada a la argumentación jurídica*.

construcción de un índice temático<sup>31</sup> que respondiera a las necesidades de la clase y a la diversidad de miradas, además de considerar los temas centrales sobre argumentación. En el texto se cuenta con capítulos que hablan de cómo caracterizar un documento jurídico desde una elaboración artesanal, entendida como aquella que pretende dar a entender las ideas con claridad, sencillez y estética. También hay un capítulo sobre cómo elaborar una tesis, una introducción y una conclusión. Otros capítulos realizan una caracterización de las técnicas argumentativas y de las falacias, a través de la construcción de propuestas taxonómicas.

Así mismo, hay capítulos sobre la oralidad y la reflexión que se deriva en este proceso de aprender a presentar argumentos en público mostrando cómo, con el hacer, se presenta la construcción de conciencia y el fortalecimiento de habilidades comunicativas. Finalmente, se cuenta con un capítulo sobre metodologías activas de aprendizaje y uno sobre la importancia de la argumentación en el fortalecimiento democrático, que hablan de que la argumentación, como práctica jurídica, se puede fortalecer y de que la argumentación no es neutral y puede ser un camino para democratizar.

Todo ello muestra la manera en que es entendida la clase y que constituye una apuesta dirigida al fortalecimiento de las competencias comunicativas de los estudiantes y a la reflexión sobre las implicaciones que se derivan de las palabras, los argumentos, los roles que se deben asumir en un debate o en un discurso y los límites éticos de la práctica argumentativa en materia jurídica.

Por otro lado, en la construcción del libro se hizo una revisión adicional de los textos, además de la de los pares externos. En este caso, cada capítulo debía ser revisado por otro de los potenciales autores, quienes a su vez debían comentar y evaluar para que los textos fueran mucho más sólidos en términos de contenido y forma<sup>32</sup>.

Cada uno de los autores tuvo a su cargo la revisión del capítulo de otro autor. Este proceso sirvió para depurar los textos y revisar su pertinencia. También, dejó en evidencia otro elemento fundamental de la investigación jurídica, y de cualquier proceso que implique la construcción de conocimiento, que consiste en tomarse en serio los argumentos de los demás<sup>33</sup>. Este elemento es aún más importante desde el derecho pues

31 Este punto se considera un elemento metodológico en la medida en que pone en evidencia el alcance de los contenidos que se van a tratar y permite estructurar una ruta analítica y de desarrollo que responda a los cuestionamientos y objetivos planteados.

32 Esta idea surgió de otro proceso colaborativo en el que participé y que fue liderado por la profesora de la Facultad de Derecho, Patricia Moncada. La publicación se titula *Introducción al derecho: obra en construcción*, que se referencia en la bibliografía.

33 Aunque parece una afirmación que peca por su obviedad, desde mi experiencia me he encontrado que es frecuente encontrar profesionales que asumen la posición propia como verdad y que fácilmente desvirtúan los argumentos que se oponen a ella. Es decir, anticipar y responder a la contraargumentación,

al ser una disciplina que entra en acción cuando hay desacuerdos o debate de posiciones, reconocer al otro y sus argumentos es central para el desarrollo de cualquier quehacer que se derive de la disciplina. Así pues, dado que la disciplina jurídica se está entendiendo como una práctica argumentativa, las ideas de los demás no son simplemente el insumo para el debate y la discusión, ni siquiera para la construcción de conocimiento, sino que constituyen la forma de construir y transformar el derecho y la realidad social.

En conclusión, desde esta construcción colectiva se derivan varios elementos metodológicos que hacen parte del quehacer jurídico y, particularmente, de la investigación jurídica entendida como una forma especial de construcción de conocimiento que implica argumentación e interpretación y que si bien en cualquier escenario de investigación social estos elementos se pueden presentar, en el derecho se propone un enfoque desde las fuentes utilizadas y desde la manera como se construyen los hechos relevantes y las preguntas de investigación. Tendríamos, entonces, la posibilidad que da el derecho de ser entendido como una práctica argumentativa, lo cual implica que se pueden realizar construcciones de conocimiento de forma colectiva en que la multiplicidad de miradas y la construcción de la realidad significan que no existe una sola respuesta a las preguntas y que el conocimiento puede ocurrir no solo desde el análisis teórico, sino desde la reflexión que surge de una clase o de un proceso de aprendizaje particular.

## **El doctorado: una reflexión sobre una oportunidad teórica desde la investigación jurídica**

En este aparte quiero compartir con el lector cómo llegué al doctorado en Derecho y, pese a lo anecdótico de la situación inicial, quería ilustrar cómo, en algunas ocasiones, un error se puede transformar en una gran oportunidad de autorreflexión y de desarrollo profesional. Al iniciar el doctorado, por error, inscribí el de Ciencia Política y Estudios Internacionales que ofrece la Universidad Nacional de Colombia, institución en la que terminé el mencionado posgrado, y que hace parte de los programas que ofrece la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la señalada institución educativa. Decidí comenzar con este, pese al error, pues consideraba que la mirada interdisciplinaria que traía del pregrado, uno en derecho y otro en antropología, unido a la maestría en estudios liberales, me daría las herramientas metodológicas suficientes para adaptarme a las necesidades de cualquier doctorado en ciencias sociales.

---

a la posición contraria, es un ejercicio que requiere práctica y que debe hacerse de forma consciente en aras de reconocerla como legítima en contextos particulares.



Lo anterior no resultó del todo cierto. En términos de las materias estudiadas no tuve ningún problema, pero cuando tuve que definir mi pregunta de investigación y la consecuente propuesta metodológica para desarrollarla, me enfrenté con que el Doctorado en Ciencias Políticas requería investigación cuantitativa. En ese momento comprendí que la pregunta sobre la metodología no era menor y que yo no estaba preparada para realizar un doctorado aplicando estrategias o análisis *estadísticos*. Por su parte, la pregunta requería un análisis por fuera del entorno normativo y este no era mi interés, aunque es importante reconocer que las aproximaciones cuantitativas hoy en día son muy comunes en los estudios jurídicos.

Con esta experiencia entendí que pensar como abogado para la construcción de conocimiento exigía unas habilidades particulares, sobre todo a la hora de escoger y utilizar las fuentes<sup>34</sup>, y de interpretar la realidad, así como una manera particular de elaborar las preguntas de investigación que aunque es similar a lo que ocurre en otras áreas sociales, se diferencia de ellas, por eso se habla de argumentación jurídica y de interpretación desde el derecho, como se ha insinuado a lo largo del presente capítulo.

Como consecuencia de ese proceso de reflexión solicité cambio del Doctorado en Ciencia Política al Doctorado en Derecho y, en este, realicé una investigación teórica, desde la que quise probar que la Constitución

34 Para entender la importancia que se otorga a las fuentes jurídicas en la disciplina y en la investigación jurídica se tiene que, conforme a lo establecido en la Constitución, las fuentes de derecho son las siguientes: en primer lugar, está la Constitución, la cual, conforme al artículo 4, es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales. Luego estarían las leyes. Por su parte, el artículo 230 de la Carta Política señala que los jueces, para decidir, solo están sujetos a la ley. Así mismo, establece que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la tarea de los jueces. A su vez, la Ley 153 de 1887, en el artículo 8 establece que la ley es la primera fuente que debe aplicarse y que, ante su ausencia, se debe acudir a otras (leyes) que regulen casos o materias semejantes (analogía) y a falta de las anteriores, a la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho. Ahora bien, el artículo 13 de la citada ley señala que la costumbre es fuente de derecho a falta de ley, siempre y cuando sea general y conforme a la moral cristiana. Por su parte, también se cuenta con el bloque de constitucionalidad, que, además de la jurisprudencia entendida como fuente primaria de derecho en ciertos casos, logra incluir derechos fundamentales no establecidos taxativamente y lleva a rango constitucional a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos (artículo 93 de la Carta Política). Por otro lado, vale la pena traer a colación las posiciones que dominan actualmente en la teoría sobre las fuentes del derecho, que menciona Diego López en su texto *El derecho de los jueces*: "El sistema jurídico colombiano, neorromanista y positivista por filiación ha asumido tradicionalmente que (i) los jueces meramente aplican la ley sin crearla, (ii) que los pronunciamientos judiciales son importantes para ilustrar las normas positivas solo cuando estas son oscuras o ambiguas, (iii) que la obligación judicial de fallar conforme a derecho se cumple preferente o exclusivamente mediante la obediencia a las reglas establecidas por el constituyente o legislador y (iv), como corolario de lo anterior, que los jueces están atados a la ley, pero son independientes, frente a las sentencias judiciales con las que se han fallado casos anteriores. La jurisprudencia, en este sentido, ha sido tradicionalmente considerada como una fuente 'secundaria' o 'auxiliar' del derecho que solo opera en casos de silencio de la fuente primaria". Por su parte, "[...] La Corte Constitucional ha fundado su autoridad en el valor expandido del precedente constitucional" (p. 6), con estos elementos, el autor comienza su texto sobre la transformación de la cultura jurídica en Colombia y América Latina, mostrando que el tratamiento de las fuentes jurídicas es esencial en la investigación y construcción del derecho y que esta mirada del órgano constitucional sienta un precedente para transformar la consideración de la jurisprudencia como fuente secundaria del derecho.



colombiana no contiene una apuesta laica, sino una de carácter plurirreligioso que no es neutral frente al tema de dios y que avala la protección de un dios que denominé *ilustrado*, que reconoce la diversidad religiosa en el marco de unos valores y principios que, conforme a la investigación realizada, son propios del iusnaturalismo racional e histórico, al coincidir con aquellos que trajo el proceso de la ilustración propio de la modernidad y al ser esta corriente el punto de unión entre la Carta de 1886 y la de 1991. Este tipo de investigación no es propia de otras disciplinas sociales.

En igual sentido, argumenté que Colombia pasó de ser un Estado fundado en el poder de dios, a uno originado en el poder del pueblo, con legitimidad en la protección supralegal del *dios ilustrado* y que el *dios ilustrado*, a través de sus guardianes, los magistrados de la Corte Constitucional, deben luchar constantemente contra el poder de la voluntad popular, con el único propósito de hacer prevalecer los valores y principios de la Carta, la dignidad humana y los derechos fundamentales. Finalmente, intenté poner a prueba mi pregunta de investigación, a partir del análisis de dos casos: el matrimonio igualitario y la adopción para todos los ciudadanos.

Por su parte, en términos metodológicos, tuve que realizar una reflexión que me permitiera diferenciar entre método y metodología como lo hacen autores como Bourdieu y Mejía<sup>35</sup>, pero, sobre todo, entender cómo podía lograr realizar una investigación relevante teóricamente y con cierta incidencia práctica para el ámbito jurídico. De todo ello lo más importante fue la posibilidad de encontrar cómo construir casos significativos que no necesariamente respondieran a criterios de representatividad en términos cuantitativos. El método, entonces, lo entendí como la aproximación teórica que se construye para el análisis de las fuentes estudiadas e intenté partir del imaginario social que implicaba encontrar un *acontecimiento* significativo para ubicar teóricamente a la *norma de normas* desde el iusnaturalismo racional e histórico. Este *acontecimiento*<sup>36</sup> no fue otro que la creación de la Constitución de 1991. Por su parte, la metodología la asumí como las estrategias de investigación, que en el caso serían documental y argumentativa.

Para ello utilicé diversas fuentes de áreas afines al derecho constitucional, tales como la historia y la política, que me servían como complemento para el análisis normativo y que estaban dirigidas a mostrar el

35 Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La fuerza del derecho* (Bogotá: Ediciones Uniandes; Instituto Pensar; Siglo del Hombre, 2000); y Óscar Mejía, "Elementos para una hermenéutica crítica: una introducción al problema del método en las ciencias sociales y el derecho". *Pensamiento Jurídico*, n.º 39 (2014): 15-53.

36 Realmente de Bourdieu y de Teubner, tal y como se expone en el texto *La fuerza del derecho*, tomé la idea de establecer un acontecimiento y de proponerlo como imaginario social, por esto hablé de la Constitución de 1991 como hecho fundante de un imaginario social basado en ideales propios de la ilustración y del iusnaturalismo racional e histórico. En ningún momento pretendí llegar a asumir que mi aproximación sería desafiante de las instituciones jurídicas tradicionales, pero las categorías conceptuales me permitieron construir mi aporte analítico que denominé *dios ilustrado*.

contexto iusnaturalista que, conforme al análisis realizado, no le permite a la Carta de 1991 desprenderse de esa herencia. De acuerdo con lo anterior, el marco teórico de la tesis terminó siendo una versión híbrida entre el estudio de la Constitución de 1991 como *acontecimiento fundante de una realidad* y la reconstrucción normativa, constitucional, histórica y hermenéutica de la Carta.

Por otro lado, resultó de suma importancia buscar referencias de quienes han escrito sobre investigación jurídica, al respecto encontré a Cruz Parceró en su texto del 2006, titulado *Los métodos para los juristas*<sup>37</sup>, quien señala que los problemas metodológicos que se presentan al investigar desde el derecho son similares a los que se presentan en otras áreas del conocimiento respecto al método y a la metodología y que generalmente derivan en el uso de múltiples métodos en la misma investigación, afirmación que comparto parcialmente, pues considero que la mezcla de métodos, de la mano de las fuentes jurídicas estudiadas, otorga a la investigación jurídica una dinámica propia; incluso cuando opera de forma interdisciplinaria con áreas del conocimiento como la economía y la sociología. Por esto, también me fundamenté en el método empírico, con el propósito de identificar fuentes sociales, una de las cuales, y pese a lo planteado por otras disciplinas que asumen que la norma no es una fuente primaria de información, es la ley.

Otra de estas fuentes sociales, serían las decisiones judiciales que se derivan de la aplicación de las normas, es decir la jurisprudencia y, finalmente, me valí de un método descriptivo para analizar y sistematizar el contenido de las normas jurídicas estudiadas. Por su parte, la construcción conceptual, constituyó un aporte de la investigación, que, además, es común en la investigación jurídica. Ello, con varios propósitos: describir, diferenciar y clasificar instituciones jurídicas; inferir principios y fines que subyacen al derecho y de interpretar, y desarrollar argumentos jurídicos para el análisis y prueba de los hechos objeto de estudio.

Otro autor que resultó importante para entender cómo investigamos desde el derecho fue Óscar Mejía, quien en uno de sus análisis sobre la investigación jurídica propone que el problema del método en las ciencias sociales y en el derecho, ha oscilado entre el positivismo y la hermenéutica, enfrentando

[...] una tensión casi irreconciliable: el primero defendiendo un monismo metodológico y un esquema causal de explicación que encumbraba el principio de verificación como el canon de todas las ciencias y la segunda, reclamando la especificidad del objeto de estudio histórico y social y la

37 Juan Antonio Cruz Parceró, "Los métodos para los juristas", en *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, coordinado por Christian Courtis y Manuel Atieza (Madrid: Trotta, 2006), 17-39.

necesidad de un método hermenéutico para la interpretación de los mismos con miras a su comprensión integral<sup>38</sup>.

En síntesis, presenté un método híbrido que pretendió conectar elementos históricos, normativos y hermenéuticos, que me permitieran plantear como *acontecimiento* la Constitución del 91 como carta creyente que se debate entre la herencia del estado confesional y la apuesta laica y que, según el análisis realizado, termina generando una opción propia para enfrentarse a las creencias desde la plurirreligiosidad. Todo esto en el marco de la indagación sobre los vestigios del derecho natural en el derecho constitucional, para llegar a hablar del *dios ilustrado*, como espíritu racionalista e historicista que permea las normas y las decisiones jurisprudenciales.

Respecto a las estrategias de investigación (metodología) para entender el objeto de estudio escogido, llevé a cabo un análisis en tres sentidos, que se presentan en diversos escenarios de la investigación en derecho: una reconstrucción teórica desde la filosofía jurídica y constitucional (incluyendo un análisis jurisprudencial) sobre la relación entre derecho y moral religiosa desde la Constitución política, encaminado a probar si era posible entender la Carta Política como una carta creyente y, de ser así, si se podía asumir que estaba anclada en el derecho natural y en la protección del denominado por mí *dios ilustrado*.

En segundo lugar, una construcción analítica dirigida a entender la Constitución política colombiana, en términos de la aplicación de la libertad y particularmente de la libertad religiosa, revisando para ello los casos del matrimonio igualitario y de la adopción por parte de hombres o mujeres (solos o de parejas no heterosexuales), entendidos como ejemplos paradigmáticos para determinar si a la luz de ellos era posible entender la Constitución como carta creyente. Finalmente, un proceso de abstracción de los valores que se derivaban de decisiones de la Corte Constitucional, como voz viva de la Constitución colombiana, que dejaban en evidencia una relación con el derecho natural, en el que los valores laicos se entrelazaban con los confesionales, dando lugar a una nueva mirada de las creencias, la mirada del *dios ilustrado*<sup>39</sup>.

En otras palabras, el trabajo de investigación consistió principalmente en la recolección, análisis cualitativo e interpretación de información documental, con el propósito de establecer cómo se construyó teóricamente el debate constitucional sobre Colombia (como estado confesional, laico o en uno plurirreligioso). En consecuencia, la estrategia metodológica y

38 Mejía Quintana, "Elementos para una hermenéutica crítica", 16.

39 Renata Amaya, "Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: Confesionalidad, laicidad o plurirreligiosidad en el caso colombiano" (tesis de doctorado, Universidad Nacional de Colombia, 2019).

el método escogidos tuvieron un enfoque cualitativo<sup>40</sup>, dirigidos a problematizar la relación entre derecho natural y apuesta laica en el contexto colombiano desde la teoría.

Ahora bien, al retomar la escogencia de los casos de carácter jurídico que se revisaron y que no tenían la pretensión de ser representativos sino significativos, utilicé una propuesta elaborada por Bent Flyvbjerg<sup>41</sup>, quien establece que existen cinco malentendidos sobre el estudio de casos y su correspondiente selección. Los casos fueron el matrimonio homosexual y la adopción por parte de familias no heteroparentales, que se eligieron por lo emblemáticos que resultaban en términos de posibles relaciones entre el derecho y las perspectivas religiosas de la población. En primer lugar, consideré que el aporte, en términos del conocimiento práctico, fuera tan importante como el teórico, sin asumir la superioridad de la teoría frente a la realidad (primer malentendido).

Frente a la idea de que solo estudios con muestras representativas son adecuados para el desarrollo científico y que de un solo caso no se puede generalizar, asumí, como el autor, que no es cuestión de cantidad, sino de la posibilidad real de indagación y de la profundidad y análisis que se logre frente al caso o los casos tratados (malentendido 2). Esto demuestra que la pretensión desde las ciencias sociales y desde el derecho podría dar lugar a afirmaciones generales que no tienen que leerse como verdades únicas sino, simplemente, como lecturas de la realidad.

Por otro lado, siguiendo a Flyvbjerg, busqué que el estudio de los casos resultara útil para testear hipótesis y para la construcción teórica y no solo para construir hipótesis (malentendido 3). Así mismo, resultó fundamental asumir que explicitar los sesgos —*bias toward verification*—, desde los casos de estudio, no necesariamente constituye una limitación, sino un valioso elemento para la investigación jurídica en donde la interpretación es, en sí misma, un método. En otras palabras, los casos de estudio no se usan para que el investigador ratifique sus nociones preconcebidas (malentendido 4), sino que, a partir de ellos, estas se ponen a prueba. De hecho, en la tesis doctoral ocurrió esto, pues se partió de asumir que el tratamiento que se daba al matrimonio y a la adopción igualitaria, no estaban dirigidos a lograr la igualdad y quedó en evidencia que, desde el desarrollo jurisprudencial, entendido como la lucha de la Corte contra posiciones mayoritarias, la no discriminación era el punto de partida que se exige en la práctica y que se confirma con los lineamientos normativos.

40 La diferencia entre método cuantitativo y cualitativo que se asumió consistió en establecer que este último cubre un amplio rango de aproximaciones que, por definición, no implican validación a través de medidas numéricas. Gary King y Robert O. Keohane, "The science in social science", en *Designing social inquiry. Scientific inference in qualitative research* (New Jersey: Princeton University Press, 1996).

41 Bent Flyvbjerg, "Five misunderstandings about case-study". *Quality Inquiry* 2 (2006): 219-245.

Respecto al malentendido 5, que consistía en construir conceptos, los casos, al igual que la investigación en general, se utilizaron para ello, es decir, incurrí en dicho malentendido. Para terminar, tuve en cuenta que los casos pudieran entenderse como *críticos*, es decir, aquellos que tienen una importancia estratégica en relación con el problema general. El matrimonio igualitario y la adopción por parte de familias diferentes a la heterosexual, se consideraron críticos en la medida en que, la polémica en torno a ellos se relaciona directamente con las creencias y valores que han sido institucionalizados por el derecho y traían a la luz el problema abordado en la investigación: el carácter laico, confesional o plurirreligioso de la Constitución de 1991.

Otro criterio establecido por el autor era buscar *casos paradigmáticos*. Al respecto, los casos escogidos han sido objeto de debate constante entre quienes consideran que la posición moral religiosa debería primar en la aproximación a ellos y entre quienes consideran que la posición del Estado laico debería prevalecer porque se defienden valores propios del Estado liberal de derecho. En este sentido, es importante destacar lo que señala al respecto Flyvbjerg cuando establece que los casos paradigmáticos no se fundamentan en reglas ni teorías, sino que son prototipos prácticos de un trabajo científico serio y por esto se consideró que los casos servían para realizar un análisis cualitativo desde el derecho. Así mismo, para mostrar cómo la teoría se refleja en la realidad constitucional colombiana y ratificar que en ciencias sociales no puede existir teoría predictiva como es la pretensión de las ciencias exactas, e incluso de disciplinas como la economía, al utilizar métodos cuantitativos.

En conclusión, la tesis de doctorado sirvió para entender que desde el derecho se puede hacer investigación documental con incidencia en el mundo de las instituciones jurídicas, que es preciso explicitar los sesgos y que pensar como abogados implica argumentar, por esto la argumentación puede ser entendida como una forma de investigar desde el mundo jurídico. Por otro lado, fue preciso utilizar como fuentes primarias no solo fuentes teóricas sino aquellas de carácter normativo para lograr los fines propuestos, y realizar un análisis teórico y hermenéutico de la Constitución de 1991. También, se buscaron casos que no tuvieran que ser representativos: matrimonio y adopción igualitarios. Todo ello derivó en un análisis que me permitió construir categorías conceptuales como el *dios ilustrado*, para presentar una lectura de la realidad.

## Conclusiones

La investigación jurídica presenta múltiples opciones para la creación de conocimiento. En el presente texto se quiso exponer, desde la reflexión de la práctica profesional de la autora, una de las posibilidades para

aproximarse a dichos escenarios (investigación y creación de conocimiento), que se denominó documental y argumentativo.

En cualquier caso, la propuesta de investigación expuesta en este capítulo y que se comparte con otras formas de creación de conocimiento desde la disciplina, implica, entre otras cosas, contar con una estructura mental que permita entender los problemas “desde una perspectiva jurídica”, es decir, relevante para el derecho, y para ello, hay varios pasos básicos: el establecimiento de hechos relevantes que conlleven la construcción o reconstrucción de una historia con incidencia jurídica; la elaboración de una pregunta de investigación —problema jurídico, tesis, idea central— que se pueda enfrentar con fuentes relevantes para el derecho (normativas, precedentes judiciales y no solo documentales, teóricas o históricas) y, finalmente, la construcción de argumentos y contraargumentos que permitan leer la realidad desde el derecho y ver los límites y las posibilidades de la disciplina.

Las preocupaciones por los métodos y por las metodologías son comunes en las disciplinas sociales y, aunque en todas es posible realizar investigación cualitativa o cuantitativa, el planteamiento de las preguntas o de los problemas desde el derecho, el uso de fuentes de carácter normativo como principales y el tipo de análisis que pueden surgir, le dan a la investigación de índole documental y argumentativa una personalidad propia. Ello sin olvidar que la investigación jurídico-académica es relativamente nueva en nuestro país y tiene el reto de ir delineando su propio carácter y de diferenciarse de otras disciplinas para entender el carácter de los aportes al conocimiento y poder dar el crédito debido a sus resultados. Por supuesto, en el presente texto se expone una perspectiva metodológica particular, que hace parte de la diversidad de miradas frente a la disciplina jurídica.

Se puede afirmar que la investigación jurídica es, sobre todo, de carácter argumentativo, pues no tiene la pretensión de presentar verdades irrefutables, como puede ocurrir en las ciencias exactas, sino aproximaciones a la realidad, lecturas de esta y desarrollos conceptuales. También hay múltiples miradas, unas más teóricas y otras más prácticas, unas de construcción dogmática y otras hermenéuticas, pero se puede afirmar que todas estas aproximaciones comparten la necesidad de justificar sus ideas con razones construidas de forma argumentativa. En esta medida, pretenden responder a afirmaciones que son debatibles, y esto hace de la disciplina, una de aquellas, que tiene la posibilidad de transformarse y adaptarse a los cambios y exigencias históricas.

En la investigación jurídica, al igual que en otras disciplinas, es fundamental explicitar los sesgos, este es un compromiso ético con los públicos posibles. Esto con el propósito de tomar distancia de los temas y casos estudiados. Así mismo, resulta relevante escribir y reescribir las preguntas

de investigación y los argumentos para reflexionar si realmente el texto y la investigación se pueden sostener desde el derecho.

Así pues, a partir de las experiencias narradas hay varias ideas que pueden servir para construir una guía para la investigación en materia jurídica, que vaya haciendo un tejido de propuestas y miradas que hablen de lo que hacemos los abogados que nos movemos en el mundo de la creación de conocimiento.

## Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.
- Amaya, Renata y Betsy Perafán. "Reconciliación de la ficticia división entre forma y contenido: una propuesta de aprendizaje". En *Aprender a escribir en la universidad*, compilado por Eduardo Escallón y Andrés Forero. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015.
- Amaya, Renata. "¿Cómo y dónde empezar y terminar? Una aproximación a conceptos básicos de la argumentación jurídica". En *Una mirada a la argumentación jurídica*, compilado por Renata Amaya González y Nicolás Parra Herrera, 43-63. Bogotá: Universidad de los Andes, 2019.
- . "Del imperio del estado confesional a la Constitución de 1991: confesionalidad, laicidad o plurirreligiosidad en el caso colombiano". Tesis de doctorado, Universidad Nacional de Colombia, 2019.
- . "Legitimacy of governmental strategies combating terrorist groups in Colombia vs. the illegitimacy of curtailing first-rank rights. A conflict between state's responsibilities and individual's rights". Tesis de maestría, New School for Social Research, 2004.
- Arango, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.
- Atienza, Manuel. *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- . *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- Bonilla, Daniel. "El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica". En *Derecho y pueblo mapuche: aportes para la discusión*, editado por Elena Olea Rodríguez, 259-302. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2013.
- Bourdieu, Pierre y Gunther Teubner. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes; Instituto Pensar; Siglo del Hombre, 2000.
- Calderón, Juan Jacobo. Prólogo a *Una mirada a la argumentación jurídica*, de Renata Amaya González y Nicolás Parra Herrera. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2019.
- Constitución Política de 1991.
- Copi, Irving y Carl Cohen. *Introducción a la lógica*. Ciudad de México: Limusa, 1995.

- Cruz Parcerio, Juan Antonio. "Los métodos para los juristas". En *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, coordinado por Christian Courtis y Manuel Atieza, 17-39. Madrid: Trotta, 2006.
- Flyvbjerg, Bent. "Five misunderstandings about case-study". *Quality Inquiry* 2 (2006): 219-245.
- "History". *New School for Social Research*. <https://www.newschool.edu/nssr/history/>
- Hoyos, Andrés. *Manual de escritura*. Bogotá: Libros Malpensante, 2015.
- Jaramillo, Camila. "Guía para textos PBL en derecho". Centro de Lectura, Escritura y Oralidad en Español, s. f. <http://leo.uniandes.edu.co/index.php/menu-escritura/disciplina/87-derecho/112-guia-para-textos-pbl-en-derecho>
- King, Gary y Robert O. Keohane. "The science in social science". En *Designing social inquiry. Scientific inference in qualitative research*. New Jersey: Princeton University Press, 1996.
- López, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis; Ediciones Uniandes, 2002.
- Mejía, Óscar. "Elementos para una hermenéutica crítica: una introducción al problema del método en las ciencias sociales y el derecho". *Pensamiento Jurídico*, n.º 39 (2014): 15-53.
- Moncada, Patricia. *Introducción al derecho: obra en construcción*. Bogotá: Ediciones Uniandes; Temis, 2011.
- Montoya, Juny. "The current state of legal education reform in Latin America: A critical appraisal". *Journal of Legal Education* 59, n.º 4 (2010): 545-566.
- Perafán, Betsy. "Variaciones para una ciudadanía rococó". *REDU Revista de Docencia Universitaria* 12, n.º 3 (2014): 335-363.
- . *Colección métodos de formación jurídica*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.
- Perelman, Chaim. *El imperio retórico*. Bogotá: Norma, 1997.
- Watts, Michael. "The Holy Grail: In pursuit of the dissertation proposal". *Institute of International Studies-University of California, Berkeley* (2001), 1-22.
- Weston, Anthony. *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Ariel, 2003.



# **Reflexiones en torno a un proceso de investigación fallido\***

Henrik López Sterup

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.475>

## Presentación (exposición inicial sobre un fracaso)

Cuando recibí la invitación para participar en este proyecto no tuve dudas en mi interés por mostrar la manera en que la distinción entre los problemas de investigación, basados en una lógica de verificación y aquellos basados en una lógica de descubrimiento<sup>1</sup>, resultaba útil para asistir a los estudiantes de maestría en la formulación de sus proyectos de investigación. Pronto, diseñé un esquema mental de cómo sería el proyecto de redacción. También me planteé un esbozo de cómo sería el texto final. En mi imaginación era una tarea sencilla y no demoraría más que unas cuantas horas, pues tenía varios años en que esa distinción había sido utilizada con mis estudiantes y, de hecho, también fue guía para un proyecto de investigación propio. En suma, calculé que podría redactar un texto decente en unos cuantos días.

Tan pronto me ocupé del asunto, decidí mantener la idea inicial. Es decir “la distinción entre problemas de investigación basados en una lógica de verificación y aquellos basados en una lógica de descubrimiento resulta útil para apoyar a los estudiantes en la reformulación de sus proyectos de investigación”. Cualquier lector se habrá dado cuenta de que, si bien la idea se mantiene, su formulación ha cambiado. La primera versión está presentada como una reflexión, mientras que la segunda es una afirmación. Claro, un lingüista advertirá que eso no es así, pero no hallo la manera de precisar la distinción. En ese momento comenzó un aterrizaje forzoso. Digo que el aterrizaje forzoso comenzó, pues no es un acto

<sup>1</sup> Esta distinción se basa en que es diferente la aproximación metodológica (y epistemológica) a un tema de investigación, según se intente comprobar una afirmación o una explicación (lógica de verificación) o se busque comprender una situación (lógica del descubrimiento). El primero corresponde, *grosso modo*, al método científico en su sentido tradicional. Para una aproximación al tema: César Tello, “El objeto de estudio en ciencias sociales: entre la pregunta y la hipótesis”, *Cinta de Moebio*, n.º 42 (2011): 225-242. <https://doi.org/10.4067/S0717-554X2011000300001>

instantáneo (como no lo puede ser en términos reales), sino un “doloroso” proceso que me ha llevado a descubrir que en realidad no era tan sencillo. Doloroso, entre comillas, pues resultó ser una interesante experiencia y un espacio de aprendizaje y reflexión.

Uno de los acontecimientos que aceleraron este proceso de aterrizaje forzoso fue una casual conversación con una colega, que también preparaba un texto para este proyecto, y que me indagó sobre la manera de escribir. Me preguntó si hablaría en primera o en tercera persona. Yo, aún embebido por la idea de que podría “sacar esto rápidamente”, le respondí que no sabía, pues no estaba acostumbrado a escribir en primera persona, pero que la parte teórica de mi texto sería en tercera, el resto (no recuerdo bien qué respondí, pero fue algo así) “es fácil en primera”. En ese instante no advertí el carácter reflexivo de escribir en primera persona.

Para avanzar decidí recuperar los trabajos de mis estudiantes y seleccionar aquellos en que se advertía un cambio en la formulación de sus problemas de investigación. Luego procedí a clasificarlos y a identificar en qué sentido iba el cambio. Diseñé un pequeño esquema que me permitiría clasificar la propuesta inicial y la segunda o tercera (de acuerdo con el caso), según si seguían la lógica de la verificación o del descubrimiento. Para mi sorpresa me encontré que, contrario a lo que esperaba, no tenía almacenada toda la información de mis estudiantes (en parte, porque había permitido a algunos presentar tardíamente sus proyectos). Así, en lugar de contar con la totalidad de los proyectos, tenía una muestra de ellos. Esta resultaba particularmente útil, pensé, pues se trataba de proyectos presentados en un curso-taller en el cual se había trabajado de manera explícita la distinción de la que partí, pero dudaba de que fuera representativa. También me encontré frente a otro grupo que, aunque tenía una primera versión de los proyectos y las presentaciones sintéticas de ellos, en un menor porcentaje tenía las reformulaciones archivadas.

Al mismo tiempo, me propuse retomar la distinción entre plantear problemas de investigación sobre la base la lógica de la verificación y sobre la base de la lógica del descubrimiento. Para el efecto, busqué el texto que había utilizado para trabajar la distinción e indagué sobre las fuentes mencionadas en el mismo texto y que se referían a las distintas aproximaciones a la formulación del problema de investigación. En mi idea original, dado que el texto presenta un esquema con posturas representativas de diversas formas de aproximarse al tema, retomar el texto base sería suficiente. Sin embargo, el autor del texto había seleccionado ciertos autores de un determinado nivel teórico, que no permitían llegar a los planteamientos más cercanos al investigador en formación. Esto me generó la duda de si, con una aproximación así, el autor no habría dejado de pasar algunas perspectivas relevantes o que hubieran hecho una generalización apresurada. Por lo tanto, decidí hacer una revisión bibliográfica más allá de los textos indicados en la obra base, a fin de recoger información sobre el concepto de problema de investigación y cómo se entendía y se formulaba.

Para procesar la información diseñé un cuadro en el que ubiqué cada postura, mostré la idea general e indiqué las variables que permitían distinguir y clasificar esas posturas. Cuando creí haber terminado, hice un mapa que ubicaba las posturas tomadas del texto original y de los autores mencionados y los buscados. Ejercicio que fue útil, pues me hizo reflexionar sobre la indagación realizada y me obligó a revisar de nuevo la distinción en el texto original. Algo fallaba, pues la clasificación no captaba lo que el texto original mostraba. Intenté introducir, bastante chapucera, ese elemento no captado. Ante las dudas, opté por buscar de nuevo otros autores.

Debido a la base de datos que había utilizado en mi indagación, ciertos textos no aparecían. Otros no pudieron ser revisados por limitaciones de acceso. Utilicé otra vía de exploración y, además de los contenidos iniciales, me encontré con nuevos y con algunos ya identificados, todos con acceso pleno. Esto me llevó a tres descubrimientos. Primero, en pleno ejercicio de exploración (o, mejor, de navegación), descubrí un texto que tenía una postura similar a la del original, pero desde una perspectiva distinta y con alcances algo diferenciales. Segundo, una revisión de la obra de uno de los autores citados en el documento original mostraba una riqueza mayor a la presentada al comienzo. Finalmente, un escrito en el que la distinción aparecía en otros términos y que, en mi concepto, capturaba muy bien aquello que yo apenas había chapuceado. Cuando terminé de leerlo, el aterrizaje fue definitivo. Primero, mi brillante y novedosa idea no era tal. Tanto el escrito original, como el último revisado, lo exponían de mejor manera. Segundo, al hacer el ejercicio de reflexión al que me invitaba la lectura, comprendí que irreflexivamente había diseñado un proyecto de investigación, que lo había iniciado y que mi ejercicio de observación era insuficiente, debido a un inexistente diseño del proyecto mismo.

Llegado a este punto debía tomar una decisión: convertir mi fracasado proyecto de investigación en un exitoso ejercicio investigativo o utilizar este fracaso para explicar sus razones. En lo que sigue desarrollaré la segunda opción y mostraré por qué la primera no era viable, dado el actual estado del “proyecto”.

## **Tema y proyecto de investigación: las consecuencias de no tomarlos en serio**

Existe un consenso general entre quienes teorizan o trabajan con metodologías de la investigación en que todo proyecto de investigación comienza con un tema. Algunos autores indican que es la decisión más importante en el proyecto de investigación<sup>2</sup>.

2. Loraine Blaxter, Malcolm Tight y Christina Hughes, *How to research, open up study skills* (Maidenhead: McGraw-Hill Education, 2010), <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=353622&lang=es&site=ehost-live>

El tema de investigación se corresponde al área temática de investigación y es objeto de un proceso de precisión, que va desde la idea de investigación (el tema en su sentido más abstracto) hasta el problema de investigación (el tema en su sentido más concreto). En esa medida, el tema es provisional, en tanto que es objeto de constantes reducciones o, como señalan muchos, se focaliza<sup>3</sup>. Esto ocurre, inclusive en proyectos de pequeña escala<sup>4</sup>. Algunos autores precisan que el ejercicio de focalización ocurre, inclusive, cuando se ha recopilado información y ha comenzado el análisis<sup>5</sup>.

En suma, el tema puede ser objeto de modificaciones, tanto en el diseño del proyecto de investigación como en su realización, a medida en que el desarrollo de la investigación obliga a ajustes. Pocas veces se pone énfasis en este proceso, que parece natural en el proceso investigativo. Esta falta de énfasis bien puede explicarse por la idea irreflexiva de que dichos movimientos son naturales.

Desde una perspectiva constructivista se han analizado estos giros<sup>6</sup>. Según se señala, los giros se deben a los propios “avances” en el proceso de investigación que afectan, tanto el tema (que se focaliza) como al objeto de la investigación (que cambia —por precisión o redefinición—). Pero ello no ocurre en un contexto de simple acotación, como pareciera desprenderse de ciertas posturas, como las mencionadas en los párrafos anteriores. Antes bien, es producto de una *resignificación*<sup>7</sup>, generada en un proceso de “asimilación”.

Así las cosas, el tema no solo no se presenta en un estado ajeno al conocimiento previo, sino que el proceso mismo de investigación (recopilación de datos, reflexión sobre los mismos, revisiones teóricas) obliga a volver sobre el tema de investigación. Así, el tema es objeto de un diálogo, que será más complejo según el margen de conversación que se tenga con los datos y la teoría. Más adelante se volverá sobre este tema.

3 Elia Shabani Mligo, *Introduction to research methods and report writing: A practical guide for students and researchers in social sciences and the humanities* (Eugene: Resource Publications, 2016), <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=1228098&lang=es&site=ehost-live>

4 Judith Bell y Stephen Waters, *Doing your research project: A guide for first-time researchers*, vol. sixth edit. (Maidenhead: McGraw-Hill Education, 2014), <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=937946&lang=es&site=ehost-live>

5 Blaxter, Tight y Hughes, *How to research*.

6 Federico Gobato, “Metodología en tesis de ciencias sociales”, en *El helicóptero de la investigación* (Ciudad de México: Flacso-México, 2013), 81-105.

7 Que supone una carga profundamente contradictoria. La *resignificación*, entendida, a partir de teorías basadas en la acción, como procesos de reafirmación identitaria (construcción o afirmación de la identidad subjetiva), se encuentra con estructuras que las “reinsertan” en la sociedad. Joao Bachur, “Resignificación como categoría social: protesta y procedimiento en la teoría social de Niklas Luhmann”, *Estudios Sociológicos* 31, n.º 93 (2013): 657-689. Podría decirse que similar fenómeno ocurre en la *resignificación* dentro del proceso de investigación. La contradicción o el conflicto son procesados a fin de que sean “compatibles” con el conocimiento generado en el quehacer científico. En términos sistémicos se diría que esas contradicciones (las resignificaciones) terminan por convertirse en operaciones dentro del sistema de la ciencia.

Llegados a este punto, ¿cuál era el tema de investigación que tenía en mente al diseñar el proyecto fallido? Si se sigue el desarrollo de la introducción a este escrito la respuesta será algo engañosa. Como se habrán dado cuenta, mentalmente me propuse investigar sobre la manera en que ciertos autores habían trabajado el concepto de problema de investigación y sobre cómo habían cambiado los proyectos de los estudiantes, luego de seguir el curso-taller sobre la materia. Esto daría a entender que el tema de investigación es la forma de entender el problema de investigación. Sin embargo, la presentación de la idea (“la distinción entre problemas de investigación basados en una lógica de verificación y aquellos basados en una lógica de descubrimiento resulta útil para apoyar a los estudiantes en la reformulación de sus proyectos de investigación”) es mucho más concreta y, una atenta lectura dará cuenta de que el tema de investigación no es aquel que he mencionado (al menos, no en la forma abstracta arriba señalada).

En realidad, no establecí un tema de investigación que fuera objeto de un proceso de concreción. Pasé directamente al problema de investigación. Este acto, si bien no necesariamente errado, solo facilita la labor de investigación si se tiene un proceso previo de concreción, derivado de un conocimiento (de un diálogo), nuevamente, previo y suficiente. También, claro está, si es antecedido por una debida reflexión. Cosa que no ocurrió con mi proyecto.

## ¿Marco teórico? O ¿es posible avanzar sin uno?

La investigación, como se ha dicho, no ocurre en el aire. Salvo raras excepciones en que los proyectos tienen por temas aspectos o perspectivas muy novedosas, las investigaciones parten de un conocimiento previo<sup>8</sup>. En torno a este conocimiento previo existen algunas confusiones, en buena medida, alimentadas por la falta de rigor de quienes diseñan los requerimientos de los proyectos de investigación.

Desde los años setenta, en Latinoamérica se habla de la distinción entre el estado del arte y el marco teórico<sup>9</sup>. Estos conceptos no han estado libres de confusiones, pues en algunos casos se les asimila y, en otros, se les separa. Parte de la dificultad se relaciona con el hecho de que uno y otro implican un proceso de investigación y que, de manera muy particular, el concepto de estado del arte se ha concebido como una investigación

8 Este sería el caso, en ciertas formas, de la metodología de la “teoría aterrizada” o “ground theory” Adolfo Eslava, “Análisis cualitativo y cuantitativo para los estudios políticos: trilateralismo, metodología experimental y *grounded theory*”, *Cinta de Moebio*, n.º 51 (2014): 111-126, <https://doi.org/10.4067/s0717-554x2014000300001>

9 Ragnhild Guevara Patiño, “El estado del arte en la investigación: ¿análisis de los conocimientos acumulados o indagación por nuevos sentidos?”, *Folios - Segunda Época*, n.º 44 (2016): 165-179.

muy específica, de carácter documental<sup>10</sup>. Siguiendo a Uribe, Guevara<sup>11</sup> señala que el estado del arte “da cuenta del estado de avance de la investigación en un tema particular o un área de conocimiento fijada por la investigación”, mientras que el marco teórico<sup>12</sup> es la “base donde se construye la investigación y es el que aclara los conceptos para realizar la investigación”. Así, el primero es una exposición de lo que se ha dicho sobre el tema de investigación y, el segundo, las bases explicativas y conceptuales<sup>13</sup> de la investigación.

Esta distinción resulta importante para efectos de esta reflexión por dos razones. Por un lado, en el plano teórico, muestra una dificultad que ha sido señalada desde mediados del siglo xx. Sobre este punto, Bohm ha expuesto la idea de que la investigación científica, tal y como es comprendida en el mundo contemporáneo, tiene algunas limitaciones en cuanto a su alcance. Esto se debe al hecho de que las observaciones se realizan a partir de una postura, de un marco teórico determinado<sup>14</sup>. Así, al definir un marco teórico (esto es, las bases explicativas y conceptuales de la investigación), también se está configurando el objeto de la observación, lo que lleva a que “puede haber un amplio rango de hechos que nosotros simplemente no estamos buscando, porque no existe espacio en nuestro marco de pensamiento para expresarlos”<sup>15</sup>. En un texto más reciente, el mismo autor señala que “el pensamiento está rompiendo las cosas en partes que no han debido ser rotas”, lo que significa que “lo que estamos

10 Maricelly Gómez Vargas, Catalina Galeano Higueta y Dumar Andrey Jaramillo Muñoz, “El estado del arte: una metodología de investigación”, *Revista Colombiana de Ciencias Sociales* 6, n.º 2 (2015): 423-442.

11 Guevara Patiño, “El estado del arte en la investigación: análisis de los conocimientos acumulados o indagación por nuevos sentidos”.

12 Agradezco a Jorge González Jácome quien, al leer una primera versión de este texto, me advirtió que, al utilizar indistintamente marco teórico y marco conceptual, se generaban confusiones. Esto me llevó a una nueva revisión de la materia (lo que muestra, de nuevo, la complejidad de construir el marco teórico), para encontrarme con una ausencia de precisión en estos temas. Por ejemplo, Guevara sostiene que durante mucho tiempo en América Latina se consideró que el marco teórico era equivalente al estado del arte, lo que significaba que el marco teórico y el conceptual se distinguían. Su esfuerzo está dirigido a hacer la distinción entre estado del arte y marco teórico y, por ello, utiliza indistintamente marco conceptual y marco teórico. Otros, por ejemplo, Sabino, en su texto “El proceso de la investigación” del año 1972, señala que se utilizan marco teórico, marco referencial o marco conceptual de manera indistinta (aunque el último de forma restringida).

13 En este punto hay autores que consideran que el “marco conceptual” es un elemento del marco teórico, en tanto que no hay conceptos sin una teoría que la soporte. Para ellos el marco conceptual sería la precisión de los conceptos básicos que se utilizarán. William R. Daros, “¿Qué es un marco teórico?”, *Enfoques* xiv, n.º 1 y 2 (2002): 73-112, <http://200.45.249.224/index.php/revistaenfoques/article/view/348>. Sautu ha mostrado cómo existen “estilos” de marcos teóricos en la investigación cuantitativa y cualitativa. En la primera se sigue una forma peculiar, rígida y precisa. En la cualitativa, en cambio, existen diversas modalidades de ese “estilo” de marcos teóricos, que se diferencian por sus contenidos y nivel de profundidad. En todo caso, contienen los conceptos básicos y los elementos teóricos en que esos conceptos se insertan. Ruth Sautu, “El marco teórico de la investigación cualitativa”, *Controversias y Concurrencias Latinoamericanas* 1, n.º 1 (2009): 155-177.

14 David Bohm, “On the relationship between methodology in scientific research and the content of scientific knowledge”, *The British Journal for the Philosophy of Science* 12, n.º 46 (1961): 103-116.

15 Traducción libre: “[...] there may be a large range of facts that we simply do not look for, because there is no room in our general framework of thinking to express these facts”, Bohm, 110.



haciendo es establecer fronteras donde realmente existe una relación cercana"<sup>16</sup>, lo cual se traduce en fragmentación. De ahí que deba considerarse la "necesidad de revisar unas premisas que condicionan las formas de problematizar"<sup>17</sup>.

Esta cuestión resulta central, pues pocas veces se tiene presente que la metodología, en cuanto participa del proceso de construcción de la realidad, efectivamente integra el marco teórico, así no se considere que deba incluirse dentro de él. Andrade<sup>18</sup> advierte claramente el punto al señalar que "si lo cualitativo y lo cuantitativo son modos distintos de reconstrucción de la realidad, porque obedecen a supuestos y puntos de partida diferentes, entonces lo que está en juego es más que una simple instancia del proyecto de investigación".

En otro escenario esta cuestión ya se había identificado. Al considerar la manera (el marco desde el cual) se problematiza, Viehweg señalaba, a mediados del siglo xx, que una de las distinciones centrales entre una aproximación al problema desde el sistema y desde la tópica radicaba en que la primera buscaba explicaciones conforme (o dentro) de un sistema (o marco teórico/conceptual) y la segunda dentro de cualquier sistema (o marco teórico/conceptual). En otras palabras, el primero no puede más que encontrar respuestas conforme al sistema y las fallas obligan a revisar el sistema mismo, mientras que el segundo encuentra respuestas en marcos teóricos o conceptuales diversos, inclusive proponiendo nuevos marcos teóricos o conceptuales<sup>19</sup>. En este sentido, tiene razón este autor al señalar que "el establecimiento de un sistema opera una selección de problemas", mientras que al plantearse "un problema opera una selección de sistemas"<sup>20</sup>.

Volviendo al punto, la manera de aproximarnos al mundo no se limita al sistema conceptual desde el cual partimos (por ejemplo, teorías marxistas versus sistémicas), lo que sería el marco teórico/conceptual de una investigación (entendida en sentido tradicional). También define el marco metodológico, pues determina la manera de aproximarnos al conocimiento científico y permite diferenciar este conocimiento de la pseudociencia,

16 David Bohm, *Thought as a system* (Londres: Routledge, 1994), <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=90766&lang=es&site=ehost-live>

17 María Luisa Eschenhagen et al., "¿Por qué, para qué y cómo problematizar para investigar?", en *Construcción de problemas de investigación: diálogos entre el interior y el exterior* (Medellín: Universidad de Antioquia, Fondo Editorial FCSH de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas; Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2018), 87.

18 "Del tema al objeto de investigación en la propuesta epistemológica de Hugo Zemelman", *Cinta de Moebio: Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales*, n.º 30 (2007): 3.

19 Ello puede verse en el plano de la reflexión en el derecho, en la tensión entre la postura dogmática (que responde al sistema) y la casuística (que responde a la tópica). No es de extrañar que fuera Pascal quien diera el golpe de gracia a la casuística. Albert R. Jonsen y Stephen Edelston. Toulmin, *The abuse of casuistry: A history of moral reasoning* (Berkeley: University of California Press, 1989). <https://univdelosandes.on.worldcat.org/oclc/928244323>

20 Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia* (Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007), 58.

“aquello que se hace pasar por científico sin serlo”<sup>21</sup>. Es importante señalar que este marco metodológico se ha transformado. En la actualidad se ha pasado del modelo de lógica de la justificación al arte de investigar, que supone, para unos, superar la dicotomía lógica de la confirmación versus la lógica del falsacionismo<sup>22</sup>. En la actualidad se admite que es necesario reconocer un pluralismo metodológico, que tiene distintos alcances.

Para unos, por ejemplo, Guerrero, lo que ha de identificarse son *signos de científicidad*, que están vinculados a un tipo de investigación que se caracteriza por algunos procesos, ligados a la formulación de un problema y su solución. En la versión de Guerrero, tales procesos serían la formulación del problema, poner el problema al día (adquirir conocimiento suficiente), plantear una tentativa de solución (hipótesis) y poner a prueba la hipótesis<sup>23</sup>. Para otros, por su parte, el método mismo ha sido objeto de *resignificaciones*.

Maldonado, por ejemplo, al considerar los problemas complejos (que son los que, según él, llevan a pensar), plantea que la “ciencia de la complejidad” se caracteriza por romper el vínculo directo entre problema y solución. Esto ocurre por la inexistencia de soluciones únicas, la imposibilidad de abordar la cuestión desde un solo marco de conocimiento, etc.<sup>24</sup>. Otras perspectivas plantean directamente que el problema epistémico lleva a problemas metodológicos. El reconocimiento de esta pluralidad epistémica llevaría “a caminos muy diversos para comprender la realidad social”<sup>25</sup>, que van desde aproximaciones que marcan rupturas dentro de la tradición occidental (por ejemplo, Foucault) hasta planteamientos ligados a las tradiciones originarias (el caso de Anzaldúa) o el encuentro entre tradiciones (Bohm)<sup>26</sup>.

21 Germán Guerrero Pino, “El método científico: lógica de la invención, lógica de la justificación y arte de la investigación”, en *Construcción de problemas de investigación: diálogos entre el interior y el exterior* (Medellín: Universidad de Antioquia, Fondo Editorial FCSH de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas; Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2018), 43.

22 Guerrero Pino, “El método científico: lógica de la invención, lógica de la justificación y arte de la investigación”.

23 Guerrero Pino.

24 Carlos Eduardo Maldonado, “No pensar y formular problemas en ciencia y en filosofía”, en *Construcción de problemas de investigación: diálogos entre el interior y el exterior* (Medellín: Universidad de Antioquia, Fondo Editorial FCSH de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas; Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2018), 49-65.

25 Eschenhagen et al., “¿Por qué, para qué y cómo problematizar para investigar?”.

26 El texto de Jorge González Jácome, “El análisis jurisprudencial: más allá del precedente judicial”, que aparece en este mismo volumen, es un excelente ejemplo de la relación entre el tema epistemológico y el metodológico. Al comienzo de su escrito, el autor señala que este “pretende ofrecer a los investigadores tres discusiones teóricas sobre el derecho que a su vez ofrecen tres perspectivas metodológicas para el uso de la jurisprudencia”. Pues bien, es central el que González nos proponga que un mismo objeto observable, la jurisprudencia, se transforma según la discusión teórica desde la cual se analiza y que el análisis de dicho objeto está afectado por la metodología que demanda cada perspectiva teórica. Es un caso claro de cómo la pluralidad epistémica fuerza la pluralidad metodológica.

¿Qué tiene que ver este exhorto con mi reflexión? Tiene que ver con dos cuestiones. En primer lugar, que resulta decisivo ser consciente de que la metodología (el marco metodológico) integra el marco teórico, así sea que, como se dijo, no se acostumbre a incluirlo en su presentación. La manera de aproximarse a la realidad, como se ha mostrado, depende no solo de las categorías y conceptos que se van a utilizar (la teoría que sustenta/desde que parte la investigación), sino también de la manera de realizar la investigación misma. Esto lleva al segundo punto.

Como expuse en el relato, consideré necesario ahondar en la distinción entre lógica de verificación y lógica de descubrimiento. Dicha labor no la realicé con el objetivo de construir un marco teórico desde el cual realizar la investigación. El ahondamiento tuvo como propósito precisar lo que consideraba eran variables que observar. Este movimiento no es en sí mismo errado, pues desde cierta perspectiva bien podrían considerárseles como tales. No obstante, llegados a este punto, es palpable que en mi ejercicio mental no había previsto, en cuanto al momento, paso o etapa en el esquema analítico, un marco teórico. Pero más interesante aún fue el hecho de que la formación me llevó a que, en el fondo y de manera muy inconsciente, intentara estructurar uno.

Si se revisa atentamente el relato, en un momento señalo que “decidí hacer una revisión bibliográfica más allá de los textos indicados en la obra base, a fin de recoger información sobre el concepto de problema de investigación y cómo se entendía y se formulaba” y, además, añadí que “algo fallaba, pues la clasificación no captaba lo que el texto original mostraba”. Estas indagaciones corresponden, en realidad, a un intento (inconsciente, insisto en ello) por estructurar un marco teórico en torno a qué es un problema de investigación. Esto, en la medida en que pretendo definir, en el plano teórico, elementos conceptuales claves para realizar la indagación que me había propuesto en mi esquema. Tales elementos conceptuales eran, como no podría ser de otra manera, qué es un problema de investigación y en qué se diferencian las dos lógicas que se han mencionado.

No resulta difícil descubrir que estaba completamente perdido. Como dije, no había previsto un marco teórico, pero había convertido la comprensión de las variables en un proyecto de marco. Algo claramente fallaba, pues si el marco estaba relacionado con el concepto de problema y sus variaciones, ellas no podían ser el objeto de observación. No, al menos, sin consideraciones adicionales.

## **Problema de investigación: la necesidad de tener claro qué se investiga**

En la caracterización que hace Guerrero sobre los signos de cientificidad y los “procesos” que él identifica como esenciales en el quehacer científico,

el primero que se menciona es la formulación del problema<sup>27</sup> y la crítica de Maldonado se basa en la distinción entre problemas triviales y los complejos<sup>28</sup>. Theodor Viehweg distingue el razonamiento desde el sistema y desde la tópica a partir de la manera en que se razona sobre el problema. Es claro que, sin problema, no solo no hay investigación, sino tampoco un proceso de razonamiento. Pero, para algunos, solo un tipo de problemas se estima científico o propio de la investigación científica.

Responder a la pregunta de qué es un problema de investigación científica es difícil. Lo es debido a que no existe una única definición de qué es un problema de investigación y a que existen diferentes concepciones sobre el tema. Por ejemplo, el problema de investigación científico se ha plantado como “una brecha teórica o práctica entre lo que se sabe y lo que no se sabe sobre un fenómeno, idea, situación u objeto físico en particular”<sup>29, 30</sup>. Este planteamiento contrasta con la idea de que “usualmente, la pregunta de investigación es el problema o tesis de estudio”<sup>31, 32</sup>. Ambas posturas, que reflejan las diversas opciones, coinciden en que el problema o pregunta de investigación es aquello que el investigador debe resolver. A esto añaden que se debe plantear una hipótesis (aunque algunos lo sugieren como una buena práctica), que es una solución o explicación propuesta a la pregunta de investigación.

Aquí nos enfrentamos a una cuestión central. En el párrafo anterior señalé que ambos autores coinciden en que “el problema o pregunta de investigación es...”. La expresión no es casual, pues existe una gran confusión al respecto. En la revisión realizada pocas veces se planteó la distinción entre estos dos elementos. Fueron textos muy específicos en los que encontré claramente un intento por diferenciar entre ambos elementos.

Para comenzar, pocas veces hay un esfuerzo por definir qué es el problema de investigación. Una práctica común es indicar que la definición del problema de investigación es el primer paso para un proyecto, para pasar luego a detenerse en explicar qué son las preguntas de investigación y advertir, lacónicamente, que las preguntas se definen en la formulación del problema. Otros omiten esta distinción.

27 Guerro Pino, “El método científico: lógica de la invención, lógica de la justificación y arte de la investigación”.

28 Maldonado, “No pensar y formular problemas en ciencia y en filosofía”.

29 Traducción libre de: “Research problem is a theoretical or practical gap between what is known and what is not known about a particular phenomenon, idea, situation or physical object”.

30 Mligo, *Introduction to research methods and report writing: A practical guide for students and researchers in Social Sciences and the Humanities*, 20.

31 Traducción libre de: “usually, the research question is the problem or thesis statement of the study”.

32 Mamun Habib, Hafsa Maryam y Bishwajit Banik Pathik, *Research methodology-Contemporary practices: Guidelines for academic researchers* (Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2014), 16, <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=871029&lang=es&site=ehost-live>

Según un reconocido grupo de autores, “plantear el problema no es sino afinar y estructurar más formalmente la idea de investigación”<sup>33</sup>, y permite definir qué datos se recolectarán (el objeto de la observación). Frente al problema de investigación se propondrían preguntas de investigación que corresponden a un cuestionamiento referido al problema. Sin embargo, el punto está lejos de ser claro, pues estos autores sostienen que “es conveniente plantear, a través de una o varias preguntas, el problema que se estudiará”<sup>34</sup>, lo cual nos lleva a disolver la distinción. Pero parece que se trata de un proceso de concreción de las variables a observar.

Hugo Cerda nos ofrece una valiosa reflexión que permite dilucidar este punto. Sostiene que “algunos llegan a confundir el problema con la pregunta, olvidando que el primero es el objeto y objetivo de la investigación, y la pregunta uno de los medios para alcanzar estos fines que nos proponemos”<sup>35</sup>. Partiendo de ello, tiene sentido la postura mencionada de Hernández, Fernández y Baptista, quienes precisan que las preguntas deben sugerir “actividades pertinentes para la investigación”<sup>36</sup>.

Esto explica, entonces, la tendencia a confundir las preguntas de investigación con el problema de investigación. Aquellas serán preguntas requeridas para “resolver” el problema de investigación. Un elemento añade una confusión adicional y es la forma del problema. Este puede tener forma de afirmación o de pregunta<sup>37</sup>. Si bien no existe manera de distinguir entre el problema y la(s) pregunta(s) de investigación, resulta importante tener presente que las segundas se desprenden de la primera.

Llegados a este punto, podría pensarse que se está frente a un proceso lineal, como el que sigue:



**FIGURA I**

**Proceso de investigación I**

Fuente: elaboración del autor

33 Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collado y Pilar Baptista Lucio, *Metodología de la investigación* (Ciudad de México: McGraw-Hill Interamericana, 2003), 42.

34 Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, 45.

35 Hugo Cerda, *Los elementos de la investigación* (Bogotá: El Búho, 1995), 150.

36 Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, *Metodología de la investigación*, 45.

37 Mlgo, *Introduction to research methods and report writing: A practical guide for students and researchers in social sciences and the humanities*.

Esta perspectiva, bastante común en quienes inician en la investigación, olvida el carácter constructivo del proceso de investigación. En efecto, como se anotó, la investigación documental (estado del arte), la construcción del marco teórico y el proceso de concreción del tema de investigación llevan a modificaciones. Tales modificaciones ocurren en el problema de investigación y siguen produciéndose a medida en que se plantean preguntas de investigación o estas comienzan a ser resueltas. De manera precisa, se ha señalado que, particularmente en las investigaciones con enfoque cualitativo, el problema de investigación se reformula (o se formula de manera definitiva) luego de gestarse la idea de investigación, “durante el proceso de investigación (ya sea al consultar la literatura, al elaborar el marco teórico, al recolectar información o al analizarla)” y al redactar el reporte<sup>38</sup> de investigación<sup>39</sup>. Considerando ello, podemos construir un proceso muy distinto:



**FIGURA 2**  
**Proceso de investigación 2**

*Fuente:* elaboración del autor

38 No abordo una cuestión adicional. Muchos estudiantes e investigadores se preguntan si primero se investiga y luego se hace el reporte (o artículo) o este se elabora a medida en que se investiga. Mi respuesta, intuitiva e irreflexiva, es que ni lo uno, ni lo otro. Serán las condiciones de la investigación y la personalidad del investigador las que determinen uno u otro camino. Aunque sospecho que, en proyectos de corte cualitativo o conceptual, prima el segundo.

39 Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, *Metodología de la investigación*, 42.

En el proceso se muestra cómo las preguntas, las observaciones, la indagación preliminar y la construcción del marco teórico y el estado de arte redefinen, circularmente, el problema de investigación. Se ha llevado las líneas de incidencia de las preguntas y las observaciones al plano del tema, pues, si bien pueden afectar directamente al problema, es razonable asumir que también forzará a una nueva delimitación del tema, a una nueva indagación preliminar y a redefinir, bien sea el marco teórico o el estado del arte.

Llegados a este punto, de nuevo, es momento de considerar el proyecto que estaba en mi mente. Si se recuerda, la idea que tenía en mente era mostrar que “la distinción entre problemas de investigación basados en una lógica de verificación y aquellos basados en una lógica de descubrimiento resulta útil para apoyar a los estudiantes en la reformulación de sus proyectos de investigación”. Frente a ello ¿estaba ante un problema de investigación? Resulta importante recordar que esta idea fue planteada como asunto (omito utilizar la expresión *tema*, debido a los equívocos que generaría) para tratar en este texto. La conversión de este asunto en un proyecto mental de investigación fue algo que se dio en el camino.

Pues bien. En mi concepto se está frente a un problema de investigación. Esto, debido a que existe un vacío de conocimiento, consistente en que no se sabía que la distinción que menciono tiene el impacto indicado.

## **La importancia de la distinción entre verificar y descubrir y el pluralismo metodológico**

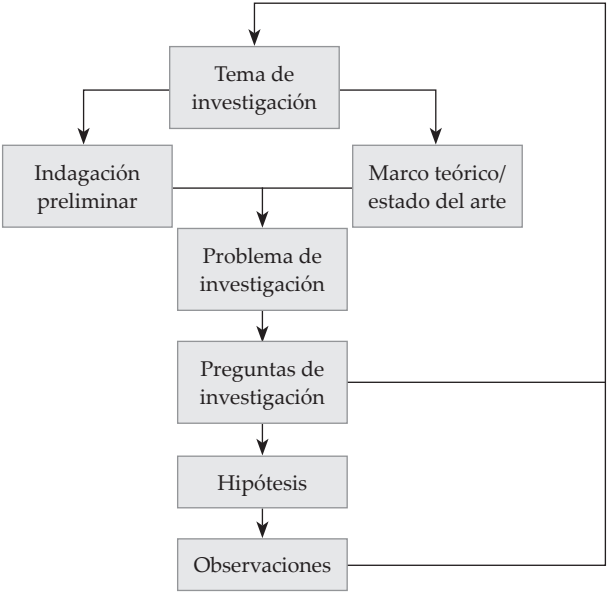
En el apartado anterior se concluyó que mi idea era un problema de investigación. Si consideramos su formulación nos encontramos con que propuse (1) que existe una distinción entre problemas de investigación basados en una lógica de verificación y los problemas de investigación basados en la lógica de descubrimiento, y (2) había una reformulación de los proyectos de investigación de los estudiantes. También, que existía una relación causal expresada en la idea de utilidad: conocer (1) resulta útil para (2).

Este punto no fue analizado sino luego de comprender y reflexionar sobre las razones del fracaso del proyecto mental de investigación. Si volvemos a la descripción inicial y a las reflexiones que se han hecho, recordarán que decidí hacer cuadros que mostraban el cambio (reformulación) de los problemas de investigación de los estudiantes y que realicé una revisión bibliográfica sobre qué se entendía por problema de investigación. Esta última acción convirtió una variable en parte del marco teórico y explica buena parte del fracaso. ¿Por qué?

La investigación científica parece orientarse hacia la observación de variables y las relaciones entre ellas<sup>40</sup>, aunque algunos autores sostienen que en la investigación cualitativa “este no es un requisito”<sup>41</sup>. Sin embargo, los ejemplos que presenta Mlgo, en el contexto de la investigación en ciencias sociales, dan muestra de cómo este requisito está presente y, aunque no necesariamente aparecen en la formulación del problema y las preguntas de investigación, están contenidas en la hipótesis de investigación<sup>42</sup>.

Según la mayoría de los autores consultados, la hipótesis consiste en una respuesta tentativa al problema de investigación, que se someterá a validación. Bien sea confirmándola o negándola<sup>43</sup>.

La hipótesis, siguiendo el modelo propuesto por Mlgo, se presenta luego de las preguntas de investigación y definen las observaciones siguientes. Así, se reconstruye el proceso señalado de la siguiente manera:



**FIGURA 3**  
**Proceso de investigación 3**

Fuente: elaboración del autor

40 Mlgo, *Introduction to research methods and report writing: A practical guide for students and researchers in social sciences and the humanities*.  
41 Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, *Metodología de la investigación*.  
42 Mlgo, *Introduction to research methods and report writing: A practical guide for students and researchers in social sciences and the humanities*.  
43 Mlgo; Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, *Metodología de la investigación*; Cerda, *Los elementos de la investigación*; Judith Bell y Stephen Waters, *Doing your research project: A guide for first-time researchers*, 6.ª ed. (Maidenhead: McGraw-Hill Education, 2014); Blaxter, Tight y Hughes, *How to research*.



Con base en lo dicho, podría pensarse que la distinción de la que yo partí en mi idea inicial no existe. Esto, debido a que hay un momento o paso para presentar la hipótesis y otro para hacer las preguntas de investigación. Sin embargo, varias observaciones, entre ellas una de Hernández Sampieri, llevan a cuestionar este punto. Según este autor, no todas las investigaciones plantean hipótesis, pues su formulación “depende de dos factores esenciales: el enfoque del estudio y el alcance inicial del mismo”<sup>44</sup>.

El concepto de hipótesis, para comenzar, no siempre es claro. Wainerman ha mostrado cómo existe una distinción entre dos conceptos de hipótesis, que muchas veces generan confusiones a la hora de diseñar y desarrollar un proyecto de investigación. En concepto de esta autora, debe distinguirse entre hipótesis como supuesto y que es presupuesto para la investigación e hipótesis como verdad para ser evaluada<sup>45</sup>.

La primera concepción de la hipótesis, que está relacionada con el marco teórico o el estado del arte, permite la selección de las variables que integran la segunda concepción de la hipótesis. Así las cosas, estamos frente a una relación entre las dos concepciones de hipótesis articuladas en torno al eje verdad dada (presupuesto) → verdad a comprobar/falsear (conjetura).

Esto resulta supremamente importante, pues el movimiento (helicoidal, diría Gobato<sup>46</sup>), dentro del proceso de investigación lleva a cuestionar permanentemente esas verdades dadas (contenidas en el marco teórico o el estado del arte), antes de proceder a plantearse nuevas hipótesis (como verdades a comprobar o falsear).

Esta aproximación tiene hondas implicaciones epistémicas, pues, por un parte, supone una observación del pasado, en tanto que se observarían hechos ocurridos (y se buscaría proyectarlas o generar predicciones) y, por otra, un conocimiento que se estima verdadero o no falseado, es decir, dado y estable. ¿Qué ocurre si una o ambas condiciones fallan?

Zemelman<sup>47</sup> se propuso la tarea de establecer una metodología para la investigación del presente. En su análisis plantea que dicho conocimiento debe permitir la proyección o generar predicciones de dirección, pero partiendo del carácter dinámico de ese momento de la realidad que es el presente. Esto traslada el objeto de la investigación desde *el es* (o *fue*) hacia *lo posible*. Esto, debido a que se busca comprender las articulaciones que ocurren en el presente. Así la estructura del proyecto no parte de “de probar [una] hipótesis [y], por consiguiente, no se pretende aplicar una

44 Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, *Metodología de la investigación*, 140.

45 Catalina Wainerman, “Consejos y advertencias para la formación de investigadores en ciencias sociales”, en *La trastienda de la investigación* (Buenos Aires: Ediciones Manantial, 2011), 27-51.

46 Gobato, “Metodología en tesis de ciencias sociales”.

47 Hugo Zemelman, *Conocimiento y sujetos sociales* (Ciudad de México: El Colegio de México, 1987).

estructura teórica, sino descubrir aquella que contribuya a esclarecer lo objetivamente posible”<sup>48</sup>.

Esta aproximación a la investigación (y, en particular, a su método), nos lleva de nuevo al marco teórico. Según se explicó antes, la metodología *define una manera* de aproximarse a la realidad. En este sentido, el plantearse hipótesis (en el segundo sentido mencionado) puede ser, tanto reductor de la realidad como falseador, pues “al conducir la investigación a la búsqueda de datos relevantes para conformarlas o rechazarlas, puede llevar a soslayar, en esta etapa, elementos importantes en la conformación de la articulación que daría existencia a un cierto fenómeno”<sup>49</sup>. Así, al abordar la investigación existe una posible línea de acción que busca validar la hipótesis y otra que pretende ir más allá de ella (o desconocerla). En suma, no se trata de simples opciones metodológicas, sino epistémicas.

La distinción con la cual inicié mi proyecto mental de investigación tenía como base una reflexión teórica en torno a este aspecto epistémico. Varios autores han señalado que en la investigación se conjugan dos lógicas, que se expresan de manera distinta dentro del proceso investigativo. Según una aproximación, el proceso de investigación se “conduce en modo” de validación del conocimiento o de nuevo conocimiento, según el proyecto tenga por norte el contexto de justificación o de descubrimiento. Samaja<sup>50</sup> entiende que el primero (la validación) busca, haciendo un símil con la teoría del derecho de Kelsen, la validez de la investigación y sus resultados, mientras que, el segundo, la eficacia de estos.

La definición de dicho norte es una decisión epistémica, como se ha planteado, pues determina la manera en que, mediante la investigación, el investigador se acerca a la realidad. Dicha forma de aproximación ha sido, tradicionalmente, a partir de modelos deductivos e inductivos. La primera, correspondería a un modo de validación y, el segundo, a uno de descubrimiento. Esto, debido a que el primer acercamiento busca validar una hipótesis, soportada en una teoría, mientras que, la segunda, busca responder qué explica sus datos. Así, “los investigadores deductivos pretenden encontrar datos que corroboren una teoría, mientras que los investigadores inductivos intentan descubrir una teoría que explique sus datos”<sup>51</sup>. Esta idea está vinculada a las metodologías cuantitativa y cualitativa. En la primera, según señala Sautu<sup>52</sup>, “la teoría sustantiva está presente desde el inicio”, mientras que en las metodologías

48 Zemelman, *Conocimiento y sujetos sociales*.

49 Andrade, “Del tema al objeto de investigación en la propuesta epistemológica de Hugo Zemelman”.

50 Juan Samaja, *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica* (Buenos Aires: Eudeba, 1993).

51 J. P. Goetz y M. D. LeCompte, *Etnografía y diseño cualitativo en investigación educativa* (Madrid: Ediciones Morata, 1988), 30.

52 Ruth Sautu, “Acerca de qué es y no es investigación científica en ciencias sociales”, en *La trastienda de la investigación* (Buenos Aires: Ediciones Manantial, 2011), 53-79.

cualitativas tales teorías, aunque presentes, se “los elabora y reelabora en el curso del estudio”.

Así las cosas, se puede plantear que la distinta aproximación a la realidad que se configura con el proyecto de investigación está determinada, en alguna medida, por el énfasis en uno de dos pares lógicos de deducción-validación o de inducción-descubrimiento<sup>53</sup>. En el primer caso, la hipótesis resulta central, pues, precisamente, es aquello objeto de validación, en tanto que en el segundo la pregunta ocupa dicho lugar, puesto que se busca explicar la realidad.

Lo que definirá, en últimas, el modo en que se desarrolle la investigación es su objetivo. Este, siguiendo a Sautu, es “una formulación teórica porque el componente teórico permea todas las etapas”<sup>54</sup>, en tanto su explicación y formulación no puede hacerse al margen de una teoría que, a su vez, determina el método (y viceversa). El objetivo de la investigación será, en esta línea que se ha desarrollado, de tendencia verificadora o explicativa. Digo tendencia, pues no necesariamente (o no ocurre en todas las prácticas) las investigaciones son exclusivamente de una u otra modalidad. De hecho, el uso de metodologías mixtas (cuantitativas, con tendencia a la verificación y cualitativas con tendencia al descubrimiento) son más comunes de lo que se ha pensado y reconocido<sup>55</sup>.

La propensión a utilizar uno u otro método, entonces, está marcado por el objetivo de investigación, según busquen, *grosso modo*, comprobar hipótesis, medir incidencias o establecer regularidades, frente a la construcción social de significados, identificar perspectivas o realizar descripciones de la realidad. Para el primero suelen ser útiles los enfoques cuantitativos y, para el segundo, los cualitativos<sup>56</sup>.

Partiendo de lo expuesto, podemos volver al proyecto mental de investigación. Según señalé, tenía un problema de investigación, el cual se estructuró en torno a dos variables y una relación causal. Pues bien, ¿cuál era el objetivo de la investigación? Este no aparece formulado por ninguna parte. Asumí, como se puede leer entre líneas, que era mostrar la utilidad de que los estudiantes conocieran la distinción propuesta, para efectos de reformular sus problemas de investigación. Pero ¿realmente lo entendí así?

Claramente no. Esto, debido a las graves confusiones durante el proceso de idear el proyecto, que me llevaron a trabajar en las variables, en lugar de fijar la atención en la relación causal. No hice la pregunta requerida ¿cómo se establece que conocer una distinción entre dos lógicas de

53 Tello, “El objeto de estudio en ciencias sociales: entre la pregunta y la hipótesis”.

54 Sautu, “Acerca de qué es y no es investigación científica en ciencias sociales”, 71.

55 Alan Bryman, “The research question in social research: What is its role?”, *International Journal of Social Research Methodology* 10, n.º 1 (2007): 5-20, <https://doi.org/10.1080/13645570600655282>

56 Sautu, “Acerca de qué es y no es investigación científica en ciencias sociales”.

aproximación al proceso de investigación genera utilidad para reformular un problema de investigación? En ningún momento reparé en esta omisión y resultó fatal.

¿Qué tenía yo realmente en mente? Esa es una interesante pregunta que merece ser resuelta. Para comenzar, tenía un conocimiento previo sobre las relaciones entre epistemología y metodología, al igual que sobre las distintas maneras de abordar un proceso de investigación. En ese marco, tenía claridad sobre la distinción mencionada a lo largo de este texto y estaba convencido de que eran útiles para los estudiantes (punto que será abordado en el siguiente acápite). Como he dicho, formulé un problema de investigación que tenía soporte en ese conocimiento previo y comencé la tarea de construir un marco teórico sobre la distinción y la manera de concebir la investigación. En ese punto me aparté del problema, porque no lo comprendí en su dimensión. Dado que presentaba dos variables y una relación causal entre ellas, la tarea central o el objetivo debía ser verificar que dicha relación causal efectivamente existía. En otras palabras, estaba proponiendo una investigación de corte deductivo, aunque no cuantitativo (o quizás). En lugar de ello me adentré en las disquisiciones teóricas sobre la metodología, de corte conceptual.

Esto lleva a una reflexión que, creo, es compartida por todos los que realizamos investigaciones académicas o científicas. Investigar toma tiempo. No solo demanda horas de indagación, de recolección de datos, de observar, de leer, etc. Demanda tiempo mental para pensar el proyecto de investigación, igual que para estructurarlo y desarrollarlo. Como dije al comienzo de este escrito, estaba convencido de que podría escribir el texto en un par de días y comencé a indagar, sin norte alguno. Me guíe, más por mis intuiciones y mis intereses académico-teóricos, que por un proceso de planificación del ejercicio de investigación. La investigación científica o, mejor, un *signo de científicidad* es que se trata de un proceso racional orientado a fines. Ello demanda reflexión y planificación, la fijación de metas y caminos que llevan a ellas. Y los resultados de olvidar este punto están presentes por doquier. Permanentemente los directores de investigación o los evaluadores de proyectos de investigación se enfrentan a propuestas apresuradas, inacabadas, imprecisas, que no son más que un esbozo de investigación. La propia soberbia del investigador, o de quien se entrena en ello, conspira en contra de esa actividad y actitud reflexiva.

## **Observación insuficiente y la falta de diseño de la actividad de recolección de datos**

No quisiera terminar sin dedicar algo al trabajo realizado con la segunda variable. La recolección de datos es una actividad central en el proceso de investigación. Como expliqué en la introducción, para trabajar el

texto recopilé datos sobre los problemas de investigación presentados por los estudiantes. De la mayoría no tenía información recopilada sobre las modificaciones a sus problemas de investigación, de otros tenía referencias imprecisas (notas de reuniones y asistencias individuales) y de un pequeño grupo tenía la información que estimaba completa. Esta situación llevó, cuando finalmente reflexioné sobre el asunto, a debatirme entre si la información resultaba o no representativa. Veamos, tenía la información de todos los estudiantes de un curso, pero, del mismo, solo era completa respecto de un poco menos de un tercio de ellos.

La muestra es representativa o no en función del universo de observación. Dada la poca (nula, francamente) preparación del proyecto de investigación, no tenía claro cuál era ese universo. Si se toma el problema formulado, el universo sería el de todos los estudiantes. Ese no era mi objeto de estudio, pero podría considerar un universo más reducido (el que tenía realmente en mente), consistente en los estudiantes que hubieran pasado por mis cursos. Sobre los resultados de observar los problemas de tales estudiantes podría proponer una tesis predicable a todos los estudiantes (al menos, a nivel de maestría).

Así, había la posibilidad de reducir el universo a cerca de sesenta estudiantes. Pero, como indiqué, la información completa (es decir, útil para la investigación) estaba limitada a los estudiantes de un curso. Esto genera varias preguntas. ¿Es un curso representativo de lo que ha ocurrido en varios cursos y en distintas épocas? ¿Qué pasa con las diferencias entre los cursos? Ambas preguntas están referidas a varios aspectos de los análisis de datos que son importantes.

En primer lugar, la segunda pregunta apuntaba a la cuestión de la homogeneidad de los hechos observados. En mi caso, si bien todos eran estudiantes de maestría, dos factores alteraban dicha homogeneidad. Por un lado, el que se trataba de maestrías distintas y con objetivos educativos bien diferenciados. Esto resulta importante, porque el tipo y el nivel de proyecto de investigación exigido por los respectivos programas podían no ser comparables. Por el otro, en una de las maestrías había ocurrido un cambio en el programa que modificaba los tiempos de diseño y ejecución de los proyectos de investigación. Así, en una primera etapa llegaron proyectos bastante maduros y, en la segunda, proyectos apenas iniciando.

Claramente estaba ante un grupo heterogéneo de proyectos y problemas de investigación. De haber tenido información más completa habría podido distinguir entre los distintos grupos y realizar análisis diferenciales. Lamentablemente, esto no era así.

En segundo lugar, la primera pregunta dependía, en buena medida, de la segunda. De haberse tratado de proyectos y problemas relativamente homogéneos, es posible que lo ocurrido en el curso del que tenía información suficiente, podría ser representativo del universo. Sin embargo, dado el tamaño de la muestra frente a la población, el margen de error habría

sido enorme, cerca del 50 %. Es decir, no arrojaría datos que soportaban el proyecto de investigación.

Otra opción, ante estas dificultades, era considerar que estaba frente a un estudio de caso particular. En algún momento alcancé a vislumbrar esa idea, pues tenía los datos que, en un momento, consideré requeridos. En efecto, podía demostrar que luego de trabajar sobre la distinción entre problemas orientados por la lógica de verificación y aquellos orientados por la lógica del descubrimiento, todos los problemas se habían reestructurado como problemas que buscaban verificar, en lugar de descubrir algo.

Con todo, dos asuntos me llevaron a desistir de esta línea. Primero: el que cambien o reestructuren sus problemas de investigación ¿significa que el trabajo sobre la distinción fue útil? Segundo: ¿cuál es el estándar en investigación en educación? Esta última pregunta resulta de la mayor relevancia. Realizar actividades de investigación no significa que se es investigador en cualquier área. La investigación es un oficio particular, que demanda habilidades y conocimientos específicos. Aunque estoy convencido de que los seres humanos, en tanto que curiosos, somos investigadores natos, no todos somos investigadores académicos o científicos. Como se ha expuesto, se requiere de una serie de pasos y actividades y, no sobra decirlo, actitudes, para investigar con ese sello. Además, el ser investigador en un campo no nos habilita para ser investigadores en otro. Investigar, como dije, no ocurre en el aire. Se realiza dentro de un dominio de conocimientos (que puede ser amplio o muy restringido y cerrado o abierto a nuevos dominios), lo que demanda un conocimiento previo. Conocimiento, tanto de aspectos teóricos del dominio (por ejemplo, sobre neutrinos) y metodológicos (por ejemplo, metodologías experimentales en física).

Otro oficio, muy distinto, aunque se acerca en muchos aspectos, es el de la docencia. Este oficio demanda, claro está, una actividad investigativa, pero no está dirigida a la solución de problemas (y generar conocimiento), sino, en términos generales, a la profundización del conocimiento y a verificar la ocurrencia del aprendizaje (sea de contenidos o de competencias). Además, la actividad investigativa propiamente dicha, ligada a la docencia, está relacionada con el dominio dentro del cual ocurre la docencia. No quiere decir ello que investigaciones que ocurran en otros dominios no las puedan realizar quienes tenemos a la docencia como oficio, pero eso demanda un conocimiento sobre esos otros dominios.

Pues bien, en mi caso no se da la coincidencia entre dominios y, mucho menos, experticia en la investigación en educación. ¿Podría lograrla? Es probable, pero, dado que el proyecto no nació reflexivamente, no hubo tiempo para ello y, mucho menos, “se me pasó por la cabeza”.

Esto, claramente, afectaba la respuesta a la otra pregunta. ¿Cómo demostrar que la distinción fue útil? Para demostrarlo debía establecer

(1) que el cambio en los problemas de investigación fueron producto o consecuencia del trabajo en el taller, y (2) que fueron útiles. Notarán que he repetido la expresión *fue útil*. Ello se debe a que no establecí, para efectos de la investigación, criterio alguno que definiera utilidad.

Teniendo presente esto último, aun si lograra establecer que el estudio de caso era admisible en términos de una investigación en educación, no tenía manera para demostrar la relación entre las dos variables. Es decir, no había manera alguna de validar, por carecer de las observaciones requeridas y que nunca fueron previstas.

Quienes lleguen a este punto del texto podrían preguntarse, con toda razón: ¿cómo hizo este profesor para evaluar a sus estudiantes? Al fin y al cabo, dirían, si no tiene la información que echa de menos en este texto, no había criterio alguno para calificarlos.

Responder a esta pregunta nos devuelve a la distinción entre actividad docente e investigación. Idealmente, en educación la evaluación responde a los objetivos del curso, dentro de la idea de alineación de objetivos de aprendizaje, metodología y evaluación<sup>57</sup>. Visto así, la actividad docente es un proceso racional y sería similar, en este punto, a la investigación. Podría decirse que la evaluación se basa en evidencia sobre el cumplimiento de los objetivos de aprendizaje y, en esa medida, se trata de una forma de investigación. Sin embargo, dicha observación, como cualquiera, está condicionada o determinada por los objetivos (y medios) de la observación, lo que, a su vez, determina y condiciona el objeto observado<sup>58</sup>. De allí que, la observación realizada en cuanto docente (y base para evaluar/calificar) no es trasladable, sin más, a una observación dirigida a un proyecto de investigación. Así, para responder a la cuestión, los objetivos docentes de los cursos-taller y los objetivos del proyecto de investigación no coincidían.

## Reflexiones finales

En este escrito se ha trabajado en torno a un fallido proyecto de investigación. Es muy probable que con la lectura de la primera parte fuera evidente por qué falló. Eso no invalida este ejercicio, pues su propósito es mostrar varias cuestiones relativas al diseño de un proyecto de investigación.

57 John B. Biggs, Catherine So-kum Tang y Society for Research into Higher Education, *Teaching for quality learning at university: What the student does*, 4.<sup>a</sup> ed (Maidenhead: McGraw-Hill Education, 2011), <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=405333&lang=es&site=ehost-live>

58 Sobre esta perspectiva constructivista hay innumerables documentos. Una aproximación interesante es la propuesta por Albert y Bathon, que compara los supuestos de la teoría de la física cuántica y la teoría de sistemas frente al tema (y las investigaciones) de las relaciones internacionales, en punto a la observación y al significado. Mathias Albert y Felix Maximilian Bathon, "Quantum and systems theory in world society: Not brothers and sisters but relatives still?", *Security Dialogue* (2020): 1-16, <https://doi.org/10.1177/0967010619897874>



La primera de ellas, y que se mencionó durante el texto, tiene que ver con la reflexión previa y continua dentro de un proceso de investigación. Se ha insistido en que la investigación no se hace en el aire. Se ha señalado que ello está ligado a un conocimiento previo y a la evaluación y revisión del conocimiento que se adquiere durante el proceso de investigación (en esa medida, investigar es aprender). Pero todo ello tiene sentido si el aprendizaje está acompañado de una reflexión. Aprender sobre, por decir algo, neutrinos no tiene mayor utilidad dentro de un proyecto de investigación si no se reflexiona sobre el contenido de dicho conocimiento, su utilidad, sus problemas, sus limitaciones, etc. Sin conocer de los neutrinos no podría iniciar un proyecto de investigación, pero sin reflexión sobre qué investigar en relación con ellos o sobre cómo observar aquello que se quiere indagar, el proyecto está condenado al fracaso.

La segunda cuestión tiene que ver con la comprensión del proyecto de investigación. Con comprender el proyecto quiero decir tanto tener claro qué se busca, como los enfoques que permiten lograr lo que se busca. Si se busca explicar, es necesario tener certezas previas, mientras que, si se busca comprender, se ha de estar abierto a la incertidumbre. En ambos enfoques coexisten la certeza y la incertidumbre, pero la cuestión es el peso que tienen en el diseño del proyecto. El peso determina la carga y el rigor con que se trabajan distintos momentos de un proyecto. En la explicación, la carga de tener un marco teórico y un estado del arte “a punto” es mayor que en el caso de la comprensión, en el que la parte empírica será más demandante. Las fallas tratadas en este texto apuntan, en buena medida, a esta última cuestión, aunque se desprendan de la primera.

Finalmente, algunas dudas. Este relato trata de un fallido proyecto de investigación sobre “algo” empírico. ¿Qué ocurre con la investigación en filosofía o en los ámbitos normativos (moral, religioso o jurídico)? Muy probablemente en todos estos ámbitos algunos (o todos) los pasos de la investigación científica están presentes. Sin embargo, difícilmente se tratarán como investigaciones científicas (a pesar de que los juristas se ufanen de hablar de la ciencia jurídica o algo así). Aquí avanzo una idea, que muy probablemente genere escozor en algunos: la investigación científica se ocupa de la realidad (o, si se quiere, una parcela de la realidad)<sup>59</sup>, mientras que la filosófica se ocupa de comprender cómo se comprende la realidad<sup>60</sup>

59 Que muy probablemente es *construida* en el momento de la investigación. Este punto remite a debates que superan el objeto de este capítulo.

60 Soy consciente de que, para muchos, esta afirmación es reduccionista. Basta ver, por ejemplo, los títulos de las obras de Aristóteles para darse cuenta de que la filosofía se ocupa de una variedad infinita de temas. Sin embargo, esta objeción desconoce el proceso de diferenciación entre saberes (y sus metodologías) que ha ocurrido a lo largo de la historia. Esta evolución ha llevado a una especie de especialización en la filosofía, que hoy gira en torno a debates epistemológicos. Esto no supone el abandono de otros temas, sino su ajuste en clave de este debate contemporáneo. Además, siguiendo a Heidegger y a Gadamer, no podría ser de otra manera.



(la *metacomprensión*)<sup>61</sup> y la investigación en ámbitos normativos en *cómo se incide*<sup>62</sup> en el deber ser de la realidad<sup>63</sup>. Con nuestra aproximación fragmentada (tribal, si se quiere) a la realidad pasada, presente y futura, cuesta mucho pensar (o idearse) una metodología que logre integrar, en el plano de la investigación, estas aproximaciones.

## Bibliografía

- Albert, Mathias y Felix Maximilian Bathon. "Quantum and systems theory in world society: Not Brothers and Sisters but Relatives Still?". *Security Dialogue* (2020): 1-16. <https://doi.org/10.1177/0967010619897874>.
- Andrade, Larry. "Del tema al objeto de investigación en la propuesta epistemológica de Hugo Zemelman". *Cinta de Moebio: Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales*, n.º 30 (2007): 3.
- Bachur, Joao. "Resignificación como categoría social: protesta y procedimiento en la teoría social de Niklas Luhmann". *Estudios Sociológicos* 31, n.º 93 (2013): 657-689.
- Bell, Judith y Stephen Waters. *Doing your research project: A guide for first-time researchers*. Maidenhead: McGraw-Hill Education, 2014. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=937946&lang=es&site=ehost-live>
- Biggs, John B., Catherine So-kum Tang y Society for Research into Higher Education. *Teaching for quality learning at university: What the student does*. Maidenhead: McGraw-Hill Education, 2011. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=405333&lang=es&site=ehost-live>
- Blaxter, Loraine, Malcolm Tight y Christina Hughes. *How to research. Open up study skills*. Maidenhead: McGraw-Hill Education, 2010. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=353622&lang=es&site=ehost-live>
- Bohm, David. "On the relationship between methodology in scientific research and the content of scientific knowledge". *The British Journal for the Philosophy of Science* 12, n.º 46 (1961): 103-116.
- . *Thought as a system*. Londres: Routledge, 1994. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=90766&lang=es&site=ehost-live>

61 Para ilustrar esto podría considerarse a Jürgen Habermas, *Verdad y justificación* (Madrid: Trotta, 2002). En el texto mencionado, Habermas se enfrenta, entre muchos aspectos, a la pregunta sobre la realidad, que pasa por la manera en que se construye esa realidad y esto, a la vez, sobre cómo el ser humano comprende/assume/acepta/acuerda esa realidad. Cuestión que, además, está presente en otros escenarios, como el de la sociología, como lo ha puesto de presente Niklas Luhmann, *La ciencia de la sociedad* (Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Iteso; Anthropos, 1996), o la física, como lo ha mostrado Bernard D'Espagnat, *On physics and philosophy* (New Jersey: Princeton University Press, 2006).

62 Utilizo *incide*, en tanto que lo normativo tiene una proyección en la realidad. También ocurre en la ciencia, pero es el efecto de la reconstrucción del pasado observado (o del presente observado). No es su propósito tal proyección. Esto, sin perjuicio de lo anotado antes, en relación con la propuesta metodológica de Zemelman.

63 Realidad que, cabe anotar, incluye el fenómeno normativo y, por lo mismo, es modificado con la investigación y la acción en ámbitos normativos.

- Bryman, Alan. "The research question in social research: What is its role?". *International Journal of Social Research Methodology* 10, n.º 1 (2007): 5-20. <https://doi.org/10.1080/13645570600655282>
- Cerda, Hugo. *Los elementos de la investigación*. Bogotá: El Búho, 1995.
- D'Espagnat, Bernard. *On physics and philosophy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.
- Daros, William R. "¿Qué es un marco teórico?". *Enfoques* xiv, n.º 1 y 2 (2002): 73-112. <http://200.45.249.224/index.php/revistaenfoques/article/view/348>
- Eschenhagen, María Luisa, Denisse Roca-Servat, Marcela Vergara y José Roberto Álvarez. "¿Por qué, para qué y cómo problematizar para investigar?". En *Construcción de problemas de investigación: diálogos entre el interior y el exterior*, 66-94. Medellín: Universidad de Antioquia, Fondo Editorial fcsn de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas; Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2018.
- Eslava, Adolfo. "Análisis cualitativo y cuantitativo para los estudios políticos: trilateralismo, metodología experimental y grounded theory". *Cinta de Moebio*, n.º 51 (2014): 111-126. <https://doi.org/10.4067/s0717-554x2014000300001>
- Gobato, Federico. "Metodología en tesis de ciencias sociales". En *El helicoide de la investigación*, 81-105. Ciudad de México: Flacso-México, 2013.
- Goetz, J. P. y M. D. LeCompte. *Etnografía y diseño cualitativo en investigación educativa*. Madrid: Ediciones Morata, 1988.
- Gómez Vargas, Maricelly, Catalina Galeano Higueta y Dumar Andrey Jaramillo Muñoz. "El estado del arte: una metodología de investigación". *Revista Colombiana de Ciencias Sociales* 6, n.º 2 (2015): 423-442.
- Guerro Pino, Germán. "El método científico: lógica de la invención, lógica de la justificación y arte de la investigación". En *Construcción de problemas de investigación: diálogos entre el interior y el exterior*, 21-48. Medellín: Universidad de Antioquia, Fondo Editorial fcsn de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas; Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2018.
- Guevara Patiño, Ragnhild. "El estado del arte en la investigación: ¿análisis de los conocimientos acumulados o indagación por nuevos sentidos?". *Folios - Segunda Época*, n.º 44 (2016): 165-179.
- Habermas, Jürgen. *Verdad y justificación*. Madrid: Trotta, 2002.
- Habib, Mamun, Hafsa Maryam y Bishwajit Banik Pathik. *Research methodology- Contemporary practices: Guidelines for academic researchers*. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2014. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=871029&lang=es&site=ehost-live>
- Hernández Sampieri, Roberto, Carlos Fernández Collado y Pilar Baptista Lucio. *Metodología de la investigación*. Ciudad de México: McGraw-Hill Interamericana, 2003.
- Jonsen, Albert R. y Stephen Edelston. *Toulmin. The abuse of casuistry: A history of moral reasoning*. Berkeley: University of California Press, 1989. <https://univdelosandes.on.worldcat.org/oclc/928244323>
- Luhmann, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Iteso; Anthropolos, 1996.
- Maldonado, Carlos Eduardo. "No pensar y formular problemas en ciencia y en filosofía". En *Construcción de problemas de investigación: diálogos entre el interior y el exterior*,

- 49-65. Medellín: Universidad de Antioquia; Fondo Editorial FCSH de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas; Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2018.
- Mligo, Elia Shabani. *Introduction to research methods and report writing: A practical guide for students and researchers in social sciences and the humanities*. Eugene: Resource Publications, 2016. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=1228098&lang=es&site=ehost-live>
- Samaja, Juan. *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*. Buenos Aires: Eudeba, 1993.
- Sautu, Ruth. "Acerca de qué es y no es investigación científica en ciencias sociales". En *La trastienda de la investigación*, 53-79. Buenos Aires: Ediciones Manantial, 2011.
- . "El marco teórico de la investigación cualitativa". *Controversias y Concurrencias Latinoamericanas* 1, n.º 1 (2009): 155-177.
- Tello, César. "El objeto de estudio en ciencias sociales: entre la pregunta y la hipótesis". *Cinta de Moebio*, n.º 42 (2011): 225-242. <https://doi.org/10.4067/S0717-554X2011000300001>
- Viehweg, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007.
- Wainerman, Catalina. "Consejos y advertencias para la formación de investigadores en ciencias sociales". En *La trastienda de la investigación*, 27-51. Buenos Aires: Ediciones Manantial, 2011.
- Zemelman, Hugo. *Conocimiento y sujetos sociales*. Ciudad de México: El Colegio de México, 1987.



**METODOLOGÍAS  
DE INVESTIGACIÓN  
JURÍDICA: MIRADAS  
INTERDISCIPLINARIAS  
(PRIMER MOMENTO)**



# **La dogmática: la forma de simplificar la realidad y poder explicarla a otros\***

Carlos Julio Giraldo Bustamante  
Eliana Fernanda Romero Vivas

*La dogmática ha cumplido históricamente estas dos tareas  
de forma conjunta: describir el objeto del que se pretende  
dar cuenta y prescribir soluciones para superar problemas  
de interpretación y aplicación.*

Christian Courtis

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.476>



Al recibir una invitación para compartir la experiencia personal sobre un método aplicado a las investigaciones realizadas sobre derecho privado, la primera opción, sin duda, fue el del método dogmático en consideración a la ayuda prestada en las más diversas investigaciones. Nuestra experiencia con la dogmática es la siguiente: es la forma como se ha logrado comprender la complejidad del mundo jurídico y simplificarla para compartirla con otros.

En los primeros acercamientos a la producción bibliográfica en temas de derecho privado es frecuente encontrar manuales de las materias que, siguiendo con el método de la glosa, se acercan a la norma jurídica y realizan comentarios más o menos extensos de esta, dejando de lado, con frecuencia, la consideración de elementos que pueden y deben enriquecer la investigación: el contexto histórico de la institución, el derecho comparado, el análisis de la jurisprudencia, sin los que difícilmente se puede llegar a un nuevo conocimiento sobre la temática desarrollada.

En este capítulo proponemos que la dogmática es una herramienta importante para conceptualizar y hacer sentido de la realidad jurídica, en específico, en el área del derecho civil-privado. Para este fin estructuramos el contenido así: (1) una conceptualización del método; (2) los usos prácticos reflejados en el ejercicio de escritura y para propósitos pedagógicos. En este sentido, se hará un énfasis en la metodología del *pensamiento visual* y cómo es posible enseñar dogmas o conceptos a través de dicha metodología, en lo que sería una sinergia pedagógica de gran efectividad. (3) Se hará una breve reflexión de las fortalezas y debilidades del método; y (4) se exponen las conclusiones.

## ¿Qué podemos decir de la dogmática?

La dogmática, desde su acepción más clásica, ha sido asociada a la creación de *dogmas o conceptos irrefutables* dentro del ordenamiento jurídico, y en otras realidades. A la par, es relacionada con el derecho positivo, porque es el ordenamiento jurídico, precisamente, su objeto de estudio. No obstante, el encanto de esta metodología radica en que tiene una aplicación muy amplia que logra permear el estudio del derecho en toda su extensión.

La dogmática que se propone es una mezcla de la actividad del jurista, que parte de la práctica legal con una posición valorativa de las normas jurídicas, y no a la acepción clásica que se relaciona estrechamente con el formalismo y la jurisprudencia de conceptos. Lo que se hace en realidad es correlacionar normas de derecho de distintos órdenes, con el propósito de plantear una alternativa de respuesta normativa para el problema jurídico. En otras palabras, *sistematizar* el derecho a partir de problemas.

En su significado clásico la dogmática marcó la forma de aceptar y acercarse al derecho como un *sistema*: completo y autosuficiente, coherente, consistente, propio de la hipótesis del *legislador racional*. Hoy en día, por el contrario, el investigador al adoptar la perspectiva crítica, debe partir de la hipótesis del *legislador irracional*<sup>1</sup> (énfasis añadido). El método comprende, entonces, una *descripción* del derecho vigente, que lleva a un análisis sistemático y conceptual, comentarios de sentencias, recomendaciones de política legislativa y judicial, solucionar defectos lógicos, y la elaboración de propuestas para la solución de problemas complejos<sup>2</sup>. En últimas, se acepta que el sistema está lejos de ser perfecto y que debe haber una *labor propositiva*, que permita solventar estos problemas.

Sin duda que es un método que plantea problemáticas propias del sistema de investigación seleccionado. Es frecuente, por ejemplo, que el investigador se encuentre con normas con serios problemas de redacción que llevan a su indeterminación, por la manera ambigua como han sido escritas, lo que afecta su claridad y aplicabilidad al caso concreto. Los problemas más frecuentes a los que nos hemos enfrentado utilizando este método son cuando las normas que se seleccionan son formuladas con expresiones ambiguas o vagas, lo que afecta su aplicabilidad. En estos eventos habrá que aplicar de manera adicional a la dogmática la *investigación hermenéutica*<sup>3</sup>.

1 Manuel Calvo, "Metodología jurídica e investigación: el postulado de la racionalidad del legislador". *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 3 (1986): 101-132.

2 Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007).

3 Óscar Agudelo et al., *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018).

Puede suceder también que dentro del conjunto de normas seleccionadas el caso no tenga todavía una respuesta en el sistema jurídico, y en este evento estemos así, frente a un vacío legal; o también que en la selección del conjunto normativo haya contradicciones normativas en la aplicación de esas normas, lo que sin duda alguna es un problema adicional para el investigador.

Debido a que el sistema jurídico es incompleto en cuanto a las normas, es usual también que el investigador tenga que hacer uso de los *principios generales* como herramientas auxiliares, en la formulación de la respuesta al problema materia de la investigación. También es posible que se presenten contradicciones entre los elementos del conjunto normativo seleccionado, caso en el cual, el investigador tiene que hacer uso de las reglas que delimitan las *jerarquías normativas*<sup>4</sup>.

Para solventar estos problemas, algunos autores como Courtis proponen la determinación de los *fin*es que persigue el conjunto normativo<sup>5</sup>. En este caso, el investigador deberá proceder al descubrimiento del dogma que constituirá el fin del conjunto mismo. Por regla general, los dogmas obran en principios generales y en teorías jurídicas, teniendo en cuenta que la *formulación de principios y teorías* es producto de una generalización de casos particulares, por lo que aquí procede el método inductivo de investigación.

A su vez se precisa de la descripción de los componentes del conjunto normativo. En este momento, el investigador deberá, a partir de la formulación de enunciados jurídicos, asignar significado y contenido a cada una de las normas que haya seleccionado. Además, se debe también establecer relaciones mutuas entre los enunciados jurídicos, y la comparación del conjunto normativo seleccionado con otros conjuntos, haciendo una *interpretación relacional* de las normas jurídicas, marcando jerarquías normativas entre los elementos del conjunto.

Lo que se desea exponer es el relato sencillo de unas personas curiosas e inconformes con la complejidad, que han encontrado en la dogmática una forma de acercamiento a algunas categorías del conocimiento, sobre todo, en el derecho privado de los contratos y el derecho civil. Deseamos narrar cómo se ha usado la dogmática de una forma más laxa, para cumplir con propósitos en el ámbito académico. Esto para dar a entender que no hay una forma única de emplear un método, ni tampoco una forma ortodoxa de hacerlo, ya que el método dogmático es maleable y puede servir a muchos propósitos según las necesidades del investigador. En adelante, se expone un uso particular del método: por una parte, en la

4 Jordi Ferrer, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos* (Madrid: Marcial Pons, 2011).

5 Christian Courtis, "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática", en *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, editado por Christian Courtis (Madrid: Trotta, 2006).

metodología de la investigación para la creación de un artículo académico; por otra, sirviendo a propósitos pedagógicos en la escritura de un manual; y, por último, como insumo de un método particular de enseñanza.

## **Uso práctico de la dogmática**

### **Los acercamientos al método**

El encuentro con la dogmática llegó de forma más bien desprevenida. Primero vino la investigación y luego se comprendió que, quizá, el método que se estaba usando para investigar era el dogmático. Esta metodología es tan amplia, que sirve para realizar emprendimientos intelectuales disímiles, razón por la que siempre se ha encontrado en ella un uso que se adapte a las “necesidades investigativas”. En este sentido, se compartirán tres experiencias en las que se ha aplicado la dogmática: un artículo académico sobre el principio de la buena fe y la franquicia; un libro de contratos de distribución comercial tipo manual jurídico; y en la enseñanza de la materia Fundamentos de Derecho de los Negocios, dirigida a estudiantes de carreras diferentes al derecho, y de la materia Propiedad y Derechos Reales, dictada a abogados.

### **Un emprendimiento atípico: un artículo sobre la buena fe y la franquicia**

El primer acercamiento a la investigación llegó gracias a la curiosidad que generó el contrato de franquicia. Partiendo de la base de que es un contrato muy poco investigado, al menos en Colombia, y del que hay escaso material bibliográfico y jurisprudencial, era un campo que necesitaba ser explorado. En este entendido, el interés fue el de buscar un tema que constituyera un desafío: cómo se regula la franquicia, por qué presenta dificultad la resolución de conflictos entre las partes y qué ha propuesto el derecho comparado para tal fin. Con estas preguntas en mente, se inició una búsqueda bibliográfica —más o menos infructuosa— para luego continuar con bases de datos en derecho norteamericano. En el derecho colombiano sobran dedos de la mano para enumerar los libros o artículos que versan sobre esta materia<sup>6</sup>, siendo este un contrato atípico que no cuenta con una regulación legal, y que tiene unas pocas costumbres certificadas por la Cámara de Comercio de Bogotá.

6 Son ejemplo de las contadas obras sobre franquicia escritas en Colombia: Sandre Alturo, *Las franquicias: un estudio legal y contractual* (Bogotá: Cámara de Comercio, 1995); Fabián López, *El contrato de franquicia internacional: un modelo estratégico internacional* (Bogotá: Temis, 2008); Eliana Romero, *Los contratos de distribución comercial* (Bogotá: Ibáñez, 2018).

Básicamente, esta primera propuesta investigativa se dirigió a identificar un vacío existente en el mundo del derecho privado colombiano y a proponer una solución que fuera más adecuada. En concreto, el problema consistía en que el contrato de franquicia, por su naturaleza, daba lugar a modificaciones y acciones arbitrarias, las cuales podían ser morigeradas o controladas en alguna medida, por el principio de la buena fe y el trato justo, tal como se hizo en el caso *Vylene*<sup>7</sup>, en el derecho comparado estadounidense.

La dogmática permitió, entre otros asuntos, identificar una colisión de principios existente en el área de investigación y la posterior propuesta de solución viable pensada a través del uso de un principio como el de la buena fe y el trato justo en Estados Unidos. La labor investigativa se centró en el estudio jurisprudencial, pretendiendo establecer un caso *bedrock* o caso fundante, para luego encontrar *ese* caso emblemático que pudiera servir como referente de aplicación para el derecho local. En resumen, se tenían varias herramientas derivadas de la dogmática: la identificación de una colisión de principios, la existencia de unos vacíos legislativos, y la propuesta de una solución.

### ***La colisión de valores y principios como la base para un problema en la dogmática***

Todo parte de poder descubrir un verdadero problema de investigación. En este sentido, dentro del contrato de franquicia se halló una situación de colisión de principios. Este concepto, que era relativamente nuevo, permitió entender que el derecho no es un “cuento de hadas” en el que todo funciona según lo planeado. Dentro de la franquicia se encontró una colisión entre el principio de *pacta sum servanda* y el principio de la buena fe en la ejecución de las obligaciones contractuales. Este fue el primer insumo: un verdadero problema de investigación. Tal como lo anota De Lima, una pregunta de investigación debe ser interesante, debe suscitar un verdadero problema y ofrecer una solución posible anticipada<sup>8</sup>.

Como se anotó, en el trabajo propuesto se encontró la tensión entre el cumplimiento del contrato (principio *pacta sum servanda*) y el principio de la buena fe. El primero establece que los contratos se suscriben para ser cumplidos por las partes, tal como se acordaron. El segundo de su parte establece que existen unos estándares de probidad y decencia que deben ser observados por las partes en el momento de contratar, y en la forma como ejecutan las obligaciones de su acuerdo. En el contrato de franquicia

7 *Vylene Enters, Inc. V. Naugles, Inc.*, 105 B.R. 42,43 (Bankr CD Cal 1989), n.º 94-56470 (29 de junio 29 de 1992).

8 José Reinaldo de Lima Lopes, “Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”, en *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de investigación jurídica*, editado por Christian Courtis (Madrid: Trotta, 2006), 54-56.

este conflicto se pone en evidencia cuando, por una parte, hay que cumplir las obligaciones del contrato, pero se hace latente una conducta injusta, que es contraria a la buena fe, y que hace que cumplir la obligación ponga a la parte obligada en una situación de vulneración.

En este sentido, según Courtis, la dogmática ha reconocido que las distintas manifestaciones del objeto de trabajo dogmático —normas, decisiones judiciales, proyectos de normas que se pretende introducir en el ordenamiento jurídico— se ven enfrentadas a problemas de determinación de su sentido<sup>9</sup>. Como la dogmática se formula a través de enunciados lingüísticos o discursivos, en más de las veces, su sentido no resulta obvio y queda librado a la interpretación del sujeto —intérprete—. Por dicha formulación, aunado al hecho de que los enunciados se circunscriben a conjuntos mayores de enunciados similares, la dogmática enfrenta algunos problemas. Dentro de sus dificultades están: problemas de indeterminación lingüística; problemas de determinación de valores y fines de un conjunto normativo, problemas derivados de la estructura jerárquica, entre otros<sup>10</sup>.

Un reflejo de ello resulta, por ejemplo, en los referidos problemas de determinación de los valores y de los fines de un conjunto normativo, necesarios para establecer su sentido y alcance. A partir de este problema se sostiene una solución desde la dogmática,

La identificación de valores y fines, en especial cuando no son explícitos, no es una operación mecánica ni obvia, y se enfrenta a dificultades tales como la *existencia de tensiones entre distintos valores y fines* simultáneamente consagrados por un conjunto normativo, la necesidad de adoptar algún modelo conceptual que permita razonar a partir de valor y fines, y la necesidad de *ponderación o establecimiento del peso respectivo* de valores y fines en caso de conflicto.<sup>11</sup> [Énfasis añadido]

Esta cita deja en evidencia que, dentro del ordenamiento jurídico, en muchas ocasiones se suscita la tensión real entre valores, cuestión que requiere de la ponderación del operador judicial. Un asunto que, a su turno, pudo encontrarse reflejado en el acuerdo objeto de estudio.

### ***La existencia de vacíos o inconsistencias***

Un aspecto útil de la dogmática es que permite determinar inconsistencias o disonancias dentro de un ordenamiento jurídico. En el caso concreto se pudo detectar que la naturaleza misma del acuerdo de franquicia

9 Courtis, "El juego de los juristas", 106.

10 Courtis, "El juego de los juristas", 107.

11 Courtis, "El juego de los juristas", 107.

genera una serie de problemas prácticos en el tráfico comercial y jurídico. Al respecto, se pueden correlacionar unas características y el correspondiente problema generado.

TABLA I

Particularidades de la franquicia y sus consecuentes problemas contractuales

| Particularidades del acuerdo de franquicia   | Problemas (issues) en la práctica                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|----------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Es un contrato de colaboración               | Obliga a las partes a cumplir con unos estándares de decencia y lealtad contractual, a veces incumplidos en la relación.                                                                                                                                                                                                                  |
| Es un contrato de adhesión                   | Poder desigual de las partes (parte fuerte, que impone condiciones vs. parte débil o aceptante). Colisión de intereses contractuales (cada uno quiere obtener el mayor rédito de la relación).                                                                                                                                            |
| Es un contrato a largo plazo                 | Indeterminación del contenido. Modificable a lo largo de su desarrollo, casi siempre, al arbitrio de quien impone las condiciones.                                                                                                                                                                                                        |
| Es un contrato atípico                       | No regido por ley, sino por la voluntad de la parte fuerte. En este sentido, las condiciones iniciales del acuerdo pueden ser cambiadas por la parte fuerte del contrato, según su arbitrio.                                                                                                                                              |
| Es un contrato incompleto (en su estructura) | Textura abierta. Incompleto en regir obligaciones y ejecución contractual, propicia discrecionalidad. Problema: cómo renegociar o modificar las condiciones de cumplimiento, cuando hay actos injustos. Tesis: mediante la aplicación del principio de la buena fe y el trato justo, según la solución del caso Vylene en Estados Unidos. |

Fuente: elaboración de los autores

En general, se determinaron algunas características del contrato de franquicia. Entre esas, la que define el contrato de franquicia como un acuerdo de *colaboración*. Es decir, requiere de unos vínculos muy estrechos, o del trabajo mancomunado de las partes, para poder obtener un provecho mutuo de su acuerdo. Necesita, por tanto, de la observancia de unos valores de la práctica comercial (probidad, decencia, colaboración, diligencia mutua), además de proteger las expectativas o intereses de los contratantes, en virtud del acuerdo mismo.

Por otra parte, al ser contrato de *adhesión* se estaría hablando de un evidente poder de imposición de todas las cláusulas del acuerdo, sin derecho a discusión alguna. Es decir, en la práctica comercial, ordinariamente, al firmar un acuerdo de franquicia, el franquiciado (quien puede explotar el sistema creado por otro, llamado *franquiciante*) tiene como única manifestación de la voluntad aceptar o no la propuesta de acuerdo preconcebida por su contraparte.

Además, los acuerdos son de *larga duración* y por tanto *indeterminados* en su contenido. Son acuerdos de muy larga duración, ya que se busca amortizar o recuperar las grandes inversiones hechas por los emprendedores. En la práctica, si el término es de 5, 7 y hasta 10 años es imposible avizorar todas las circunstancias que pueden llegar a ocurrir en el desarrollo de él. Por esta razón, en el contenido del acuerdo solo se estipulan unas condiciones generales, mientras que otros aspectos imprevisibles se dejan sin regular.

Es un contrato también *atípico*, es decir que no cuenta con regulación alguna en la mayoría de países en el mundo, entre los que se incluye Colombia. Lo que en la práctica se traduce en que se rija, en primer lugar, por la voluntad de las partes, expresada en el contenido del contrato y, en su defecto, por la costumbre comercial. De esta forma, si las cláusulas que regulan el contenido son determinadas por una sola parte, ciertamente hay lugar a posibles abusos en la relación.

Cada una de estas características genera unas consecuencias en la práctica comercial. La parte débil del acuerdo puede verse vulnerada, al entrar en acuerdos sin posibilidad de discusión ni modificación. Si la parte poderosa puede aprovechar estos vacíos en el contenido, para llenarlos a su antojo: ¿cómo proveer una solución que proteja a la parte débil? La solución propuesta radica en el principio de la buena fe y el trato justo.

### ***Proponiendo soluciones mediante la dogmática***

La dogmática tiene un carácter diverso, en cuanto permite al investigador cumplir varios propósitos. Dentro de las diversas tareas de la dogmática están: la descriptiva, la prescriptiva o normativa, la del cambio al derecho vigente y la del estudio de sentencias judiciales. En este sentido, el investigador puede sistematizar las normas; realizar una propuesta de interpretación o de *lege lata*; realizar una propuesta de modificación o *lege ferenda*; o sistematizar, criticar, comentar la jurisprudencia.

Entre estas actividades se encontró de gran utilidad el enfoque prescriptivo. Este consiste en proponer una solución, es decir, dejar de observar pasivamente el fenómeno para tomar partido proponiendo algo. Según Courtis:

Una de las tareas más frecuentes desarrolladas por los dogmáticos se vincula con la necesidad de *proponer soluciones particulares* para casos considerados problemáticos y, en ese sentido, la dogmática pretende constituirse guía intelectual para el eventual aplicador del derecho positivo —paradigmáticamente, el juez— que se enfrente al caso en cuestión<sup>12</sup>.  
[Énfasis añadido]

12 Courtis, "El juego de los juristas", 115.



Ahora bien, para perfilar una propuesta al problema dentro de la franquicia y la prevención de abusos, se tuvo en cuenta un estudio de tipo comparado, pero no legislativo sino jurisprudencial, a fin de encontrar un caso que pudiera ser sugerido para la aplicación local, secuencia metodológica que permitió explicar otras particularidades de la dogmática.

Así, la dogmática considera el *estudio comparado* un material de investigación. En este entendido se vale de un estudio de un ordenamiento jurídico extranjero como fuente de solución interpretativa, señalando, según Courtis, unos “buenos ejemplos a seguir” para el legislador, los jueces y los doctrinarios locales. Esta práctica puede acompañarse con otros elementos que la complementen, sirviendo así a propósitos investigativos más amplios. En concreto, según el mismo autor: “La mención puede emplearse para sustentar recomendaciones de interpretación de *lege lata* o de *sententia lata*, o bien para criticar soluciones jurisprudenciales locales”<sup>13</sup> [énfasis añadido].

De esta forma, a través del método dogmático, no solo se conceptualiza o categoriza, sino que también se dota al investigador de la posibilidad de hacer propuestas interpretativas. En el entendido de responder: ¿cómo considera el investigador que debiera solventarse un problema de indeterminación o un defecto dentro del sistema? El investigador puede tomar algún camino: por ejemplo, proponer una solución a través de una propuesta legislativa de modificación —*lege lata*— o quizá a través de una solución planteada en una jurisprudencia previa —*sententia lata*—. En últimas, con estos elementos dogmáticos ya hay un terreno fértil para cualquier investigación que pretenda realizar una propuesta de solución a un problema determinado.

Se aplicó el instrumento propositivo de manera que sirviera al propósito investigativo: encontrar una solución adecuada en la *jurisprudencia comparada* estadounidense, que pudiera sugerirse para futuras decisiones sobre problemas similares —*sententia lata*—. Para ello fue objeto de estudio el derecho comparado de Estados Unidos y se estableció una línea jurisprudencial enfocada en encontrar un caso inicial con esa decisión o *ratio decidendi* —*bedrock, leading case*—, pero, sobre todo, un caso de tal relevancia que fuera el epítome de la aplicación del principio de la buena fe en problemas de abuso en la franquicia.

Para esta tarea, la dogmática nos plantea un esquema sobre los propósitos de un estudio jurisprudencial. Nos da pautas sobre lo que se pretendería hacer con las sentencias: describirlas y sistematizar; extraer conclusiones que sirvan para aplicar a decisiones judiciales futuras; criticar una solución jurisprudencial y sugerir una interpretación; sugerir que, dado los resultados a los que llevó su aplicación judicial, la norma

13 Courtis, “El juego de los juristas”, 148.

aplicada para el caso debiera modificarse; más aún, pueden entremezclarse unos propósitos con otros.

Ante un problema de indeterminación en el acuerdo y de inexistencia de leyes que lo rijan, se consideró pertinente tomar soluciones desarrolladas en otras jurisdicciones, cuyas circunstancias bien podrían presentarse en el desarrollo del contrato de franquicia en Colombia. La solución a tal indeterminación, debía llegar según la tesis planteada, a través de los principios de decencia y probidad comercial (principio de la buena fe y el trato justo), en fallos proferidos con anterioridad en el ordenamiento estadounidense, como una pauta de comportamiento para las autoridades locales —jueces y/o árbitros— (solución de *sententia lata*).

Para cumplir con el propósito de la investigación era necesario usar la tarea más conocida de la dogmática: *conceptualizar*. Es decir, al proponer una solución se debía encontrar un criterio interpretativo satisfactorio, que ayudara a superar la tensión existente. Si el criterio era la buena fe, ¿cómo debía entenderse a lo largo del trabajo investigativo? El principio de la buena fe, se tomó en adelante, como un principio por el que “el hombre  *Cree y confía* que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales”<sup>14</sup>.

No obstante, en aras de limitar más la definición, el principio fue analizado desde una *óptica relacional*. Definición que sirvió de sustento a la tesis y le dio un sentido apropiado a la solución propuesta. Sobre esta base, el contrato es visto como una *relación completada* por un conjunto de normas, que las personas *entienden* contenidas en él, así no estén explicitadas en su contenido. Estas normas rigen la interacción subsiguiente de las partes, en específico, en el desarrollo del contrato. Constituyen deberes intrínsecos, interpretados, que evitan el abuso en el ejercicio de facultades como el control y la modificación contractual, en cabeza de la parte fuerte o dominante del acuerdo. En concreto, se censura la actitud del franquiciante (Naugles) al violar los estándares de decencia y poner una franquicia muy cercana a la operada por el franquiciado (Vylene), que resultó en un detrimento ostensible en sus ganancias mensuales (reducción de ventas de un 35 %). Fue censurado porque, aunque no había una prohibición de asignar una franquicia en el mismo sector (cláusula de exclusividad), sí se estaban violando las expectativas contractuales de Vylene de recibir ganancia de su contrato. Es decir, la asignación de un nuevo comerciante en esta zona fue un acto contrario a la naturaleza relacional de la franquicia, ya que de él se derivó pérdidas para Vylene.

En consecuencia, la *óptica relacional* aplicada al análisis de caso de abuso en la franquicia, va a influenciar la forma de fallar de las

14 Hocsman citado en Romero Vivas, *Contratos de distribución comercial*, 170.

autoridades. El análisis de la Corte, en esos casos, se centrará en una *defensa contractual*, en la que se resalta que si hay unos intereses contractuales, que corresponden a lo esperado por quien contrata, estos deben ser protegidos. Por ende, los actos abusivos de control o de modificación del acuerdo constituyen una actitud lesiva contra la motivación contractual de rédito, motivación que llevó a la contraparte a querer contratar en un primer momento.

En este caso, la dogmática llevó a establecer una suerte de solución en casos que, como el propuesto, muestran una clara tensión o colisión de valores. En concreto, se le dio más peso al argumento de la defensa contractual, aplicando los principios de buena fe y trato justo en la protección del franquiciado Vylene.

### **La dogmática con propósitos pedagógicos: un libro estilo manual sobre contratos comerciales y una herramienta para la enseñanza**

Como se señaló, la dogmática engloba un espectro amplio de actividades, por lo que permite emprendimientos intelectuales disímiles. En este sentido, su importancia como elemento pedagógico y de transmisión de conocimientos se ha puesto en práctica en ámbitos como la escritura de una obra manual y la metodología de enseñanza.

Al respecto la dogmática considera dentro de sus tareas,

a. una tarea expositiva, ordenadora, sistematizadora, dedicada a *describir* un conjunto de normas del derecho positivo cuyo contenido es presentado como no problemático. Carlos Peña la caracteriza como “una función cognoscitiva de describir el derecho vigente, *ordenándolo en términos más o menos económicos y sencillos* que aquellos con que aparece en su presentación original”. Una de las funciones que cumple esta tarea de sistematización es la de *facilitar el estudio y la transmisión del conocimiento* del derecho positivo —es decir, una *función pedagógica o heurística*—<sup>15</sup>. [Énfasis añadido]

#### **Un libro estilo manual**

Bajo este desarrollo del método dogmático fue emprendido el proyecto de escritura de un contenido que luego se convirtió en una obra publicada. La motivación fue sistematizar y esclarecer algunas categorías del conocimiento, en lo referente a los contratos de distribución comercial. El objeto de estudio fueron los contratos de agencia, concesión y franquicia.

La escritura de un manual implica una necesidad de establecer o compendiar con claridad categorías que, en un principio, parecieran estar muy diseminadas. En el caso concreto, en un primer momento, cuando

15 Hocsman citado en Romero Vivas, *Contratos de distribución comercial*, 113.

se quiso leer sobre la franquicia, se encontró que la literatura era escasa y bastante superficial en Colombia. Así, el propósito de la obra fue doble: por un lado, reivindicar la relevancia en la práctica comercial y jurídica del contrato de franquicia, al dar un desarrollo más completo sobre su estructura; y por otro, contextualizar al público —sobre todo a la audiencia local—, al mostrar que había un importante contingente de contratos conocidos como contratos de distribución comercial.

En un primer momento, el interés al escribir una obra de este tipo es contextualizar el tema. En este sentido, la idea fue explicar en qué consisten los contratos de distribución. Para ello, fue introducida la figura de la asociación empresarial para la distribución, así como su contexto e importancia a nivel económico, como fuente de creación de los acuerdos de distribución. Más adelante, se trató cada contrato de distribución: primero su marco conceptual y luego sus elementos básicos y su dinámica contractual, para lo cual se recurrió al derecho comparado, incluyendo doctrina y jurisprudencia.

En la parte práctica, el contenido de la obra consistió en unos temas relevantes para la comprensión de los contratos de distribución comercial. El contenido se discriminó en los siguientes grandes temas: generalidades de los acuerdos de distribución, el contrato de agencia, el contrato de concesión y el contrato de franquicia. En este sentido, se mostraron las categorías en una forma más amena, a través de unos títulos sugerentes: (1) Introducción a los contratos de distribución. (2) Una república independiente, llamada contrato de agencia. (3) Contrato de concesión, cuando el que manda ¡manda! (4) Una relación de equipo llamada franquicia.

Con este propósito en mente, a lo largo del texto se hace referencia a fuentes valiosas que permiten describir, conceptualizar o precisar los conceptos básicos planteados. Por ejemplo, para recapitular las características del contrato de agencia se trae un extracto de un fallo argentino,

[...] puede señalarse que las notas distintivas del contrato de agencia con zona determinada son: a. es un contrato de duración, como contraposición al de ejecución instantánea; b. tiene por objeto la promoción o conclusión de negocios encomendados por el concedente de la agencia; c. se celebra entre empresarios mercantiles; d. el agente debe cooperar en la ejecución de los contratos con terceros; e. tiene obligación de seguir las instrucciones del representado; f. debe informar a este sobre el resultado de sus gestiones, defendiendo sus intereses; g. tiene la obligación de restituir los efectos y mercancías que hubiera recibido para concretar operaciones, o su importe, una vez concluidas las operaciones. (C. Nac. Com, Sala A, 9/8/1979, Zamora Ventas SRL v. Técnica Comercial Hoy, S. A.)<sup>16</sup>

16 Romero Vivas, *Contratos de distribución comercial*, 45.

Entre las categorías, por ejemplo, del contrato de franquicia, se encuentran no solo los aspectos básicos, sino también los requisitos previos de la franquicia —qué se requiere para crear una cadena o franquicia, entre otros elementos—; luego, los elementos constitutivos de una franquicia, entendidos como “el espíritu” del acuerdo; después, se trata la extinción del contrato y las figuras de incumplimiento y responsabilidad; y, por último, se ejemplifican unas cláusulas comunes en el contrato —aparte práctico—. Un desarrollo similar fue conferido a los demás acuerdos del libro: descripción, elementos, derechos y obligaciones, responsabilidad y extinción.

### ***Principios de dogmática como herramientas para enseñar***

En adelante, pretendemos desarrollar un poco más a profundidad la categoría de *visual thinking* o pensamiento visual, como herramienta que contribuye a la labor pedagógica en la enseñanza de conceptos. Primero se aborda la herramienta de los mapas mentales; luego se explica la categoría del pensamiento visual; y, al final, se comparten algunos trabajos de estudiantes de la materia Propiedad.

En la dogmática han permeado experiencias y ámbitos como el de la labor heurística o de enseñanza. Uno de los conceptos base ha sido el establecimiento de relaciones conceptuales entre los elementos de una categoría del conocimiento. Para la enseñanza de este tipo de relaciones la herramienta del *pensamiento radiante* ha probado ser muy útil.

La idea de que pensamos a través de conexiones ha sido expuesta por el autor Tony Buzan, quien desarrolló la herramienta de estudio conocida como *mapas mentales*. Así, se expone que los individuos pensamos de forma absolutamente expansiva o radial y tendemos a establecer diversas conexiones entre unos y otros conceptos, “tal como una red cerebral de sinapsis y conexiones neuronales”<sup>17</sup>. El pensamiento radiante consiste en “aquellos procesos de pensamiento asociativo que proceden de un punto central o se conectan a él”<sup>18</sup>.

Los mapas mentales consisten en una herramienta holística de conocimiento, en la que se establecen relaciones entre las ramas principales (IBO)<sup>19</sup> y el tema central. Sus ingredientes esenciales son el pensamiento radiante, el flujo orgánico —no lineal—, el color, las imágenes —dibujos, símbolos o metáforas visuales—, y las palabras clave. La idea, en últimas, es crear una expresión artística, que constituya una suerte de

17 Tony Buzan, *Mapas mentales* (Bogotá: Paidós, 2019), 50-51.

18 Tony Buzan, *Mapas mentales para los negocios* (Ciudad de México: Patria, 2014), 95.

19 Ideas básicas ordenadoras: son las principales categorías que irradian en ramas desde la imagen central y constituyen del marco —temático— fundamental de un mapa mental (Buzan, 2019, 63). Puede abordar consideraciones cómo: ¿qué?, ¿cómo?, ¿quiénes?, estructura de algo; función; procesos; definiciones; clasificación, entre muchos otros.

instantánea, que permita de una sola vista tener un contexto general de un tema, *e. g.* el contrato de franquicia comercial.

En la práctica, se pueden explicar categorías del conocimiento de forma ordenada, sintética y dinámica por medio de un mapa mental. En concreto, se le explican al estudiante: los conceptos clave de un tema en específico, las categorías que componen cada concepto clave y los ejemplos que pueden ilustrar mejor lo descrito. Esta metodología es una forma *sui generis* de aplicar la dogmática a otros campos, lo que prueba ser una herramienta estructural muy útil e importante en el momento de transmitir conceptos eminentemente jurídicos a un público disímil, por ejemplo, de no abogados<sup>20</sup>.

En este sentido, por ejemplo, si se diseña una clase para explicar el contrato de franquicia, la motivación es describir y conceptualizar. Para este propósito:

1. Se dibuja una imagen central del concepto (*e. g.* un balde de alitas de KFC).
2. Se dibujan unas ramas *ibo*, que son las categorías del concepto central y, por tanto, se desprenden de la imagen central: qué es, elementos, características, obligaciones y cláusulas.
3. Cada rama, a su vez, tiene unas subramas con los temas más importantes a tratar dentro de cada categoría. Por ejemplo, en la rama de qué es un contrato de franquicia, los subtemas son desarrollo de fórmula exitosa (por un franquiciante), venta a un emprendedor (franquiciado) y réplica de un negocio (pactado en un contrato de franquicia). El concepto explicado sería: la franquicia consiste en el desarrollo de una fórmula exitosa por parte de un franquiciante, idea que el franquiciante vende a un emprendedor o franquiciado, para que este replique su negocio y formalicen dicho acuerdo a través del contrato de franquicia.

En la estructura de un mapa o sinopsis se pueden utilizar herramientas como Word para crear una versión digital o hacer una versión análoga o a mano, como la que se presenta en la figura 1.

Esta es una de las formas que se han empleado para transmitir el conocimiento y no sería posible sin la gran influencia de la dogmática. Los principios de esta metodología, como el ordenar y sistematizar conceptos y categorías, constituyen un fin y una herramienta guía también en la actividad pedagógica, que parte del intento de comprender el mundo (jurídico) y sus elementos.

20 En la Universidad de los Andes se oferta una materia llamada Fundamento de Derecho de Negocios (para no abogados). Esta materia la dictamos de forma conjunta los dos autores del artículo una vez al año.

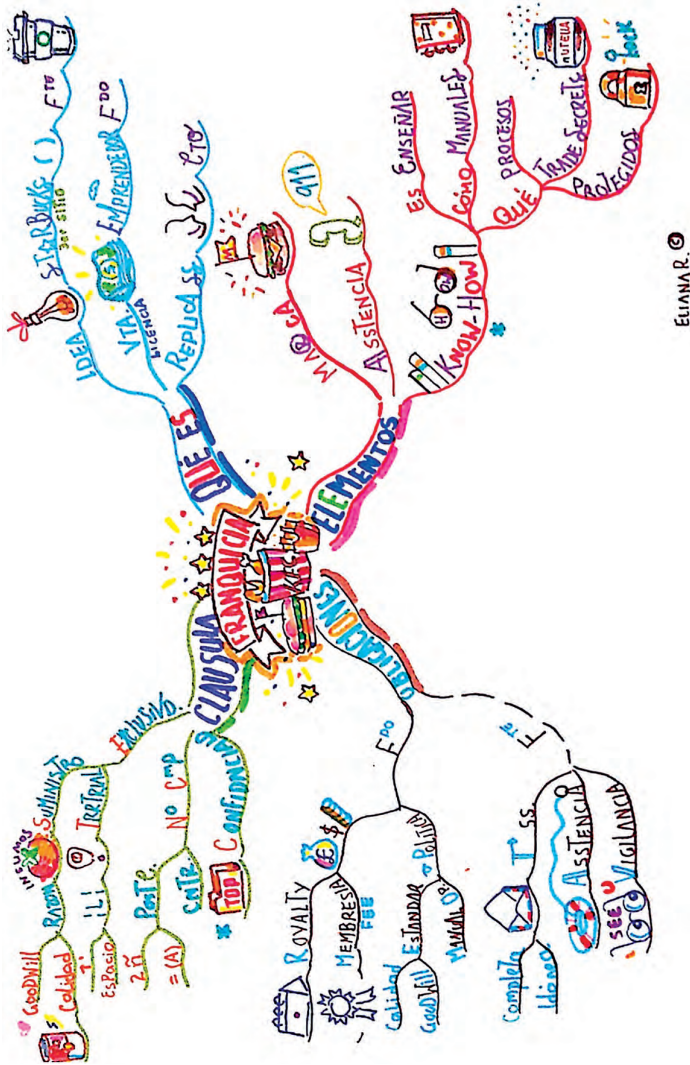


FIGURA 1  
Características del contrato de franquicia comercial  
Fuente: Eliana Fernanda Romero Vivas



Por otro lado, está el dibujo como herramienta pedagógica en la enseñanza de conceptos. Cuando se asignó la enseñanza del curso Propiedad y Derechos Reales no surgieron dudas respecto a incorporar el dibujo como herramienta de enseñanza.

El pensamiento visual es un elemento valioso que no es otra cosa que “aprovechar nuestra habilidad de ver —con nuestros ojos y los ojos de nuestra mente— para descubrir ideas que de otra forma serían invisibles”, según Dam Roam<sup>21</sup>. El pensamiento visual también comprende un proceso tipo bucle, que inicia desde el momento en que usamos nuestros ojos para ver algo, luego reparamos en sus minucias o detalles (observar), imaginamos ideas al respecto, y, por último, exteriorizamos o mostramos nuestra propia interpretación de lo que vimos en un primer momento.

En este sentido, apareció la tarea de ser una especie de “traductores visuales” del derecho de propiedad, al desarrollar propios procesos de pensamiento visual para la enseñanza de conceptos. No obstante, lo fascinante ha sido incentivar a los estudiantes para que desarrollen sus propios procesos de pensamiento visual, reflejados en trabajo artístico.

Ahora pasaremos a explicar las razones para elegir esta metodología. Para ello se hará una breve reseña de las categorías básicas del pensamiento visual: el *doodle* o dibujo, la teoría *pse*, la asociación y las metáforas visuales.

A nivel biológico, los neurocientíficos han determinado que nuestro cerebro se compone de un 75 % de células visuales<sup>22</sup>. Por ende, es acertado afirmar que somos seres visuales, que abstraemos y hacemos sentido de la realidad a través de las imágenes mentales que creamos en nuestro cerebro.

En este sentido, la motivación ha sido usar esta habilidad innata para el aprendizaje. Por ende, el *dibujo* o *doodle* es el insumo base del pensamiento visual, que consiste en “hacer marcas espontáneas que nos ayuden a pensar”<sup>23</sup>. Es una actividad no solamente lúdica, sino con gran impacto en el aprendizaje y en la solución de problemas<sup>24</sup>. Es una auténtica “navaja suiza” del conocimiento y el aprendizaje, en cuanto a sus múltiples usos y a la utilidad en procesos cognitivos y mnemotécnicos.

El uso del dibujo como herramienta útil para el aprendizaje es respaldado por la teoría de Picture Superiority Effect o *pse*<sup>25</sup>. Según esta, las palabras acompañadas de una imagen son un catalizador del aprendizaje:

21 Dan Roam, *The back of the napkin* (Nueva York: Portfolio, 2013), 4.

22 Sunni Brown, *The doodle revolution unlock the power to think differently* (Nueva York: Penguin Publishing, 2015).

23 Brown, *The doodle revolution*.

24 Roam. *The back of the napkin*.

25 Carmine Gallo, *The storyteller's secret: from TED speakers to business legends* (Nueva York: St. Martin's Griffin, 2016), 126-127.



ayudan a retener hasta un 65 % más del contenido; una imagen activa hasta 30 millones de neuronas del córtex visual, y, si se acompaña de una experiencia emocional —*e. g.* entusiasmo, alegría por dibujar— permite que la amígdala<sup>26</sup> libere dopamina (sustancia química del bienestar), que hace que esta experiencia quede grabada en el cerebro como un *post-it* mental.

Los dibujos son, en últimas, imágenes y como imágenes tienen grandes ventajas. Las imágenes transmiten un mensaje de forma instantánea, cualidad que no tienen las palabras por sí solas, ya que en muchas ocasiones las palabras son entendidas solo por hablantes de una lengua o por un público especializado (*e. g.* jerga de una profesión)<sup>27</sup>; al final, el lenguaje de las imágenes o de los dibujos es universal<sup>28</sup>.

A su vez, utilizo el dibujo como una forma muy expedita de transmitir conocimientos: las imágenes ofrecen un procesamiento de información 60 000 veces más rápido, en comparación con las palabras. Aunadamente, al dibujar estamos ejercitando nuestras habilidades artísticas, la creatividad, la imaginación y la emotividad. Es decir, estamos integrando los dos hemisferios del cerebro: el derecho (artístico) y el izquierdo (analítico, racional), constituyendo una perfecta sinergia para el aprendizaje.

Concretamente, en el aula empezamos a relacionar conceptos con dibujos (asociación)<sup>29</sup> para que los estudiantes generaran recordación, al evocar elementos cotidianos que ya conocían. Por ejemplo, la posesión la dibujamos como un camino en el que la meta era el derecho de dominio; el dominio lo representamos como un podio en el que el primer puesto era la adquisición de la propiedad o dominio.

En adelante, tratamos de construir tantas representaciones o *metáforas visuales* como fuera posible. Una metáfora es un concepto (*e. g.* la posesión) acompañado de un elemento visual, que no tiene relación directa o literal con el mismo (*e. g.* un camino). De esta forma, el concepto representado metafóricamente mediante el dibujo, junto con el uso del color y el ejercicio artístico de los mismos estudiantes surtieron efecto: dinamizaron los procesos pedagógicos, fomentando el entusiasmo y la creatividad de los estudiantes. Durante el semestre los alumnos realizaron esquemas de clasificación (palabras y dibujos), sus propias metáforas visuales y finalizaron con la construcción de un mapa mental de la materia.

26 Como diría Gallo: "An almond shaped mass of nuclei in your frontal lobe". Gallo, *The storyteller's secret*, 5.

27 Fran Salomon, *Mejor dilo con manos: cómo vencer corajudamente el miedo al dibujo y explicar exitosamente tus ideas* (Santiago de Chile s. e., 2019).

28 Recomiendo especialmente esta divertida charla: [https://www.ted.com/talks/christoph\\_niemann: You are fluent in this language \(and you don't even know it\)](https://www.ted.com/talks/christoph_niemann: You are fluent in this language (and you don't even know it)).

29 Esta estrategia ha sido usada por docentes en distintas áreas del conocimiento como la economía, las finanzas, la psicología y el aprendizaje de lenguas, entre muchas otras, según Fran Salomon y Tony Buzan.

En la figura 2 se condensa lo expuesto sobre el *pensamiento visual* con un mapa mental.

A continuación, relacionamos algunos testimonios de los estudiantes después de la experiencia:

Mi nombre es Gissel Ulloa, soy estudiante de tercer semestre en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, amante de la pintura y de la música, en especial, del piano. Los dibujos y los colores hacían que fuera más sencillo recordar los aspectos relevantes de los temas que se explicaban en clase. Además, mediante metáforas visuales se desarrollaba algo así como una memoria fotográfica, que permitía asociar un tema complejo a una situación de la vida real. Utilizar colores y dibujos en el proceso de aprendizaje hacía posible que se pasara de una simple memorización a una verdadera apropiación de los contenidos, por lo que sin duda utilizaré estas herramientas en las materias que vea en adelante.

Mi nombre es Eunji Yang y, semestre tras semestre, el curso Propiedad y Derechos Reales lo relacionaba personalmente con las palabras *complejo, difícil, pesado*. Suficientes para demostrar el pánico que tenía ante sus conceptos y razón que justificaba mis motivos de querer aplazarla. Finalmente, llega el momento de afrontar este temor y al pasar las dos semanas de clases con Eliana, entiendo que el destino tenía el propósito de enseñarme lo siguiente: es insufrible hasta donde uno mismo se lo permita. Eliana nos motivaba constantemente a relacionar los componentes de la propiedad con metáforas visuales de la vida cotidiana, a fin de facilitar nuestra comprensión y memoria. Por lo tanto, tuve la intención de relacionar la posesión con la receta de mis galletas favoritas. Específicamente, las tres actitudes que llevan a diferentes efectos con respecto a la cosa, representadas en un proceso de cocina para obtener lo que llamaría, “las galletas del dominio”. No cabe duda de que este método de aprendizaje lo seguiré implementando a lo largo de la carrera.

## Fortalezas del método

Siguiendo lo expuesto hasta el momento se podría concluir que dentro de las grandes fortalezas de la dogmática están su amplitud y su maleabilidad. Se considera amplia porque este método podría aplicarse a todo estudio del ordenamiento jurídico, sobre objetos como las normas, las decisiones judiciales y los proyectos de normas, entre otros frentes de análisis. En este sentido, establece una metodología sobre cómo conocer, transmitir conocimientos, operar, optimizar y mejorar un sistema jurídico. Para ello, prevé actividades o labores específicas que puede realizar el investigador: (1) sistematización de las normas; (2) propuestas



interpretativas o de *lege lata*; (3) propuestas modificatorias o de *lege ferenda*; (4) análisis jurisprudencial.

Además, este es un método muy maleable porque ofrece unos principios de aplicabilidad y permite que se yuxtapongan unos y otros según la conveniencia del investigador. En las investigaciones realizadas, en las que se ha aplicado este método se ha podido hacer una mixtura de usos dentro de una misma investigación. Así se ha desarrollado, por ejemplo, un estudio comparado, pero de tipo jurisprudencial, para ofrecer una solución de *sententia lata*, al sugerir como solución a un problema de franquicia y abuso en la aplicación local un caso estadounidense que es tomado como referente principal de análisis. En conclusión, estas dos características hacen que el investigador encuentre un amplio marco de posibilidades metodológicas para el desarrollo de su actividad, las cuales pueden, a su vez, adaptarse a las necesidades de su investigación.

## Debilidades del método

Como toda metodología, la dogmática constituye un intento por conocer el mundo que nos rodea y tiene ciertas limitaciones, llegando hasta un cierto punto en su intento. Se considera que dos de sus limitaciones son el hecho de estar un poco escindida de la práctica y el hecho de ser un poco superficial.

Sobre el primer aspecto, el estudio jurídico desde la dogmática nos plantea el compromiso de ir más allá de la formulación y repetición de conceptos, para que el trabajo investigativo redunde en un verdadero aporte al campo. Para aprender el derecho es necesario no solo entender el sistema general de reglas —el derecho como una teoría general o dogmática— sino trascender de lo conceptual a su aplicación práctica. Aspecto señalado por De Lima al resaltar que los “buenos trabajos jurídicos deberían huir de la repetición de conceptos (como si fuesen diccionarios) o de la repetición de reglas (como si fuesen gramáticas)”<sup>30</sup>. En este sentido, quien use la dogmática está llamado a trascender el concepto y quien, por ejemplo, enseñe conceptos, está llamado a establecer relaciones entre estos como parte de un todo.

La dogmática puede también llegar a ser superficial en el entendido de que, cuando se pretende tratar un tema acudiendo a cierta *escala*, puede terminar sacrificada la profundidad con la que se tocan distintos aspectos de la cuestión. La cuestión de la escala se describe así:

30 De Lima, “Regla y compás”, 47.

Cuanto más extenso sea el conjunto normativo elegido como objeto, mayor será el grado de generalidad y menor el detalle con el que puede ser tratado, o bien mayor la extensión del trabajo si se pretende abordar minuciosamente, del mismo modo en que, de acuerdo a la escala de los mapas, se puede representar una mayor superficie en el mismo espacio, a costa de un menor nivel de detalle, o bien, si se pretende mantener un cierto grado de detalle, es necesario aumentar el tamaño del mapa<sup>31</sup>.

En la práctica, se encontró este limitante al diseñar un índice de lo que debía comprender el manual de contratos de distribución mencionado. En el momento en que se decidió que se quería tratar un contingente como el de los contratos de distribución comercial, si se quería tratar una introducción y tres contratos, se supuso que no debería extenderse demasiado el contenido de cada tema. Es decir, se prefirió tratar los temas marco de cada categoría de forma más superficial, para que la obra constituyera un manual y no un tratado muy extenso. El autor que pretenda describir una categoría del conocimiento, afrontará siempre una suerte de dilema: debe sacrificar un poco de esto, para obtener un poco de aquello. En el caso concreto, se sacrificó profundidad para poder conservar la brevedad.

## Conclusiones

El derecho, tal y como lo conocemos, le debe su estructura y organización a la dogmática, que si bien no es perfecta (problemas de indeterminación y de interpretación), ha probado su amplia utilidad. En este sentido, propone conocer, transmitir, operar, optimizar y mejorar el ordenamiento jurídico<sup>32</sup>.

En un primer momento, la dogmática nos permite solventar problemas de indeterminación, mediante estrategias como la ponderación de valores. En el caso de Vylene, resultante de la tensión entre el principio de cumplimiento de las obligaciones del contrato (principio *pacta sum servanda*) y el de la buena fe y trato justo (*good faith and fair dealing*) en el contexto del contrato de franquicia en el ordenamiento comparado de Estados Unidos.

Dentro de los múltiples de los usos el método se destaca su propósito de facilitar el conocimiento y transmitir a otros las minucias conceptuales del ordenamiento jurídico. De esta manera, como herramienta pedagógica guía la escritura, por ejemplo, de obras tipo manual. En dichos escritos se busca la transmisión, más bien sencilla, de una estructura

31 Courtis, "El juego de los juristas", 113.

32 Courtis, "El juego de los juristas", 106.

conceptual que pertenece a un todo; en el caso de la obra referida en uno de los acápites, el gran contingente sería el conjunto de los contratos de distribución comercial.

La dogmática puede aliarse con estrategias pedagógicas como el *pensamiento visual* (*visual thinking*) generando una suerte de sinergia espectacular en el proceso de aprendizaje. En este sentido, la enseñanza de conceptos —en la materia de Derecho de Propiedad y Bienes— puede acompañarse de herramientas del *visual thinking* como *doodles* o dibujos, metáforas visuales, asociación, color y palabras clave.

Entre sus retos más importantes se encuentran la superación de la superficialidad (tocar muchos temas sin desarrollar alguno a profundidad) y la necesidad de presentar los dogmas o conceptos fundantes del derecho de una forma fresca y dinámica (a través, por ejemplo, de la incorporación de estrategias del *visual thinking*).

## Bibliografía

- Agudelo, Óscar, Jorge Enrique León, Manuel Prieto, Juan Carlos Jiménez y Andrea Alarcón. *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018.
- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Alturo, Sandre. *Las franquicias: un estudio legal y contractual*. Bogotá: Cámara de Comercio, 1995.
- Brown, Sunni. *The doodle revolution unlock the power to think differently*. Nueva York: Penguin Publishing, 2015.
- Buzan, Tony. *Mapas mentales para los negocios*. Ciudad de México: Patria, 2014.
- . *Mapas mentales*. Bogotá: Paidós, 2019.
- Calvo, Manuel. “Metodología jurídica e investigación: el postulado de la racionalidad del legislador”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 3 (1986): 101-132.
- Courtis, Christian. “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”. En *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* editado por Christian Courtis, 105-156. Madrid: Trotta, 2006.
- De Lima Lopes, José Reinaldo. “Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”. En *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* editado por Christian Courtis, 41-68. Madrid: Trotta, 2006.
- Ferrer, Jordi. *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Gallo, Carmine. *The storyteller's secret: From TED speakers to business legends*. Nueva York: St. Martin's Griffin, 2016.
- López, Fabián. *El contrato de franquicia internacional: un modelo estratégico internacional*. Bogotá: Temis, 2008.
- Roam, Dan. *The back of the napkin*. Nueva York: Portfolio, 2013.

Romero Vivas, Eliana. *Los contratos de distribución comercial*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018.

Salomon, Fran. *Mejor dilo con monos: cómo vencer corajudamente el miedo al dibujo y explicar exitosamente tus ideas*. Santiago de Chile: s. e., 2019.

Vylene Enters, Inc. V. Naugles, Inc., 105 B.R. 42,43 (Bankr CD Cal 1989), n.º 94-56470 (28 de junio de 1992).





# **Investigación dogmática para la práctica: una aproximación a la problemática desde el sistema jurídico penal en el siglo xxi\***

Ricardo Posada Maya

*La dogmática jurídica existirá mientras en el Estado  
exista el principio de legalidad<sup>1</sup>.*

Calamandrei

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.477>

<sup>1</sup> Piero Calamandrei, *Fe en el derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2009), 99.

## Precisiones iniciales

Hablar sobre la investigación dogmática en el derecho penal (como sector del ordenamiento jurídico), exige aclarar varias ideas y nociones que han sido empleadas de manera dudosa en la investigación jurídica moderna. En primer lugar, debe explicarse cuál es la noción de dogmática de la cual se parte en este escrito, y en qué consiste la investigación penal propiamente dicha. En segundo lugar, cuáles son los diferentes escenarios en los que opera esa clase de investigación, y determinar su objeto, método, límites, justificación y el rendimiento de sus análisis. Y, en tercer lugar, es necesario precisar cuáles son las metodologías empleadas en estos escenarios de trabajo. Ello permitirá estudiar sus retos generales y especiales en el derecho penal colombiano. Finalmente, se plantea una consideración a título de conclusión.

Las presentes consideraciones parten del presupuesto fundamental de entender que el derecho penal y, por supuesto, la dogmática penal, hacen parte de las denominadas “ciencias sociales o del espíritu”<sup>2</sup>, que estudian

2 Juan Fernández Carrasquilla, *Concepto y límites del derecho penal* (Bogotá: Temis, 1988), 118, dice que el derecho penal es una ciencia, toda vez que (a) tiene un objeto delimitado, (b) tiene el método dogmático para estudiar dicho objeto (el derecho positivo), (c) sus proposiciones teóricas son verificables y (d) es susceptible de confirmaciones internas y justificaciones externas; Antonio García-Pablos de Molina, *Derecho penal, introducción* (Madrid: Universidad Complutense Madrid, 2000), 414 y ss.; Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal* (Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002), 300 y ss.; Francisco Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal, Monografías Jurídicas* n.º 98 (Bogotá: Temis, 1999), 166 y 167. A 184 y 185, afirma que no hay bases suficientes para negar el carácter científico del derecho penal, pues “[...] el carácter de ciencia es un predicado que se puede afirmar de cualquier actividad humana que descubra y solucione problemas de un modo objetivo, racional y sistemático; de la actividad jurídica, como un todo considerada con inclusión también de la jurídico penal, no cabe duda de que puede afirmarse, sin complejos de ningún tipo, un tal predicado”; Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 318 y 321, en la última de las cuales señala que “esta modalidad de ciencia jurídica se caracteriza por ciertas actitudes ideológicas e ideales racionales respecto del derecho positivo, por determinadas funciones que cumple en relación a él y por ciertas técnicas de justificación

de manera minuciosa y sistemática la cuestión criminal<sup>3</sup>, desde una doble perspectiva: empírica (*criminológica o social*) y normativa (*jurídico-dogmática*), como respuestas culturales e institucionales. Como lo afirma Muñoz Conde

La orientación criminológica se ocupa del delito como fenómeno social y biopsicológico, analizando sus causas y proponiendo remedios para evitarlo. La orientación jurídica estudia el delito como fenómeno jurídico regulado y previsto por normas jurídicas que hay que interpretar y aplicar. La primera orientación se sirve, en su investigación, de métodos sociológicos o antropológicos según el carácter social o individual de su enfoque o de ambos conjuntamente. La orientación jurídica emplea un método técnico-jurídico o dogmático que sirve para interpretar y sistematizar las normas jurídicas que se refieren al delito y a sus consecuencias<sup>4</sup>.

Este análisis se ocupa del segundo fenómeno, es decir, del estudio jurídico y técnico del derecho penal positivo.

## El concepto de dogmática e investigación dogmática en el ámbito jurídico

En la academia contemporánea, algunos movimientos que se consideran críticos en el análisis de los fenómenos criminales o en la construcción teórica del derecho penal sustantivo y procesal, han desacreditado de manera descontextualizada y superficial el concepto *dogmática jurídica o técnica jurídica*<sup>5</sup>. En general, ello se debe a prejuicios y a una desconfianza

---

de las soluciones que propone"; Sivela, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 3.

A *contrario sensu*, por tratarse de un saber práctico, Atienza, *Filosofía del derecho*, 174-176, niega el carácter de ciencia a la dogmática, pues la considera una técnica o tecnología; Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho penal*, 103 y ss., discuten el carácter de ciencia (como no sea una ciencia teórica o del espíritu, de naturaleza normativa, hermenéutica y cultural).

3 Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 315.

4 Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, 163; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal*, 177 y 179.

5 Sobre el concepto de dogmática, v. Abbagnano, *Diccionario de filosofía*, 354, dice que "'La justa posición dentro de la esfera de la investigación, en un buen sentido *dogmática*, esto es, *prefilosófica*, a que pertenecen todas las ciencias empíricas (pero no solo ellas) consiste en hacer a un lado con plena conciencia todo escepticismo juntamente con toda 'filosofía natural' y 'teoría del conocimiento' y en tomar las objetividades del conocimiento allí donde nos encontremos realmente en ellas' (*Ideen*, I, § 26)"; Atienza, *Filosofía del derecho*, 167 y ss.; señala a pág. 171 y ss., que el moderno concepto de dogmática entiende el "dogma" como una metáfora, pues no son axiomas al estilo de las ciencias formales o exactas. La sujeción a la ley penal obedece a un conservadurismo argumentativo afincado en razones de economía.

radical<sup>6</sup> sobre la metodología tradicional de estudio y análisis del derecho penal, o sobre la enseñanza de las bases fundamentales de la ciencia, vinculadas más a la idea de *positivismo científico romántico*<sup>7</sup> o del *legalismo o formalismo jurídico*<sup>8</sup> y a la dialéctica entre la forma (el valor de la verdad de las normas o el precedente) y la sustancia (o plexo de valores fundamentales<sup>9</sup>), que a una verdadera comprensión funcional del sentido y alcance del término empleado, que posibilite una cooperación interdisciplinaria razonable entre las ciencias penales.

En otras palabras, los investigadores parten de conceptos metodológicos (la creencia de que aún rige el culto riguroso a la voluntad del legislador y a la absoluta fidelidad formal y estática a la ley<sup>10</sup>) y de objetos de estudio que han sido ampliamente revaluados y superados por los investigadores en los últimos cincuenta años, al ser abandonado el método

6 Abbagnano, *Diccionario de filosofía*, 354, al abordar el concepto de *dogmatismo* en sentido filosófico, señala que, "Desde Fichte, la palabra se aplica al punto de vista del realismo, según el cual la representación es producida por una realidad externa y no por el yo (*Wissenschafts-lehre*, 1794, I, teorema iv); y a partir de Hegel al punto de vista opuesto al de la dialéctica, o sea aquel por el cual 'de dos afirmaciones opuestas una debe ser verdadera y otra falsa' (*Enc.* § 32). Estos dos filósofos iniciaron así la mala costumbre de denominar D. a un punto de vista diferente al propio, adoptando de tal manera la palabra sin referencia de ninguna índole a su uso histórico. Más de acuerdo a con este uso es el significado de Husserl le ha atribuido y que no implica condena alguna a la actitud relativa" (énfasis añadido); Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, 929, dice que "El sentido en que se usa en filosofía el término 'dogmatismo' es distinto del religioso. [...] Religiosamente los dogmas son usualmente considerados como verdades. Pero un dogma podría ser falso, en cuyo caso se trata como escribe Santo Tomás, de un *dogma perversum*. Filosóficamente, en cambio, el vocablo 'dogma', [...] significa primitivamente 'opinión'. Se trataba de una opinión filosófica, esto es, de algo que se refería a los principios. Por eso el término 'dogmático' [...] significó 'relativo a una doctrina' o 'fundado en principios'. Ahora bien, los filósofos que insistían demasiado en los principios terminaban por no prestar atención a los hechos o a los argumentos (especialmente a los hechos o argumentos que pudieran poner en duda tales principios"; Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 135 y 136. Sobre el concepto de dogma: Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 322.

7 Abbagnano, *Diccionario de filosofía*, 936, 937, en la última de las cuales señala que "Las tesis fundamentales del P. son las siguientes: (1) La ciencia es el único conocimiento posible y el método de la ciencia es el único válido; por lo tanto recurrir a causas o principios no accesibles al método de la ciencia, no originará conocimientos y la metafísica que precisamente recurre a tal método carecerá de todo valor. (2) El método de la ciencia es puramente descriptivo, en el sentido de que describe los hechos y muestra las relaciones constantes entre los hechos, que se expresan mediante las leyes y permiten la previsión de los hechos mismos (Comte) o en el sentido que muestra la génesis evolutiva de los hechos más complejos partiendo de los más simples (Spencer). (3) El método de la ciencia, en cuanto es el único válido, se extiende a todos los campos de la indagación y de la actividad humana en su conjunto, ya sea particular o asociada, debe ser guiada por dicho método".

8 Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 82 y ss., agrega (87) que, "Sin embargo, el transcurso del tiempo y la sucesión de corrientes doctrinales han ido abandonando las dos premisas básicas del positivismo jurídico, a saber: la de entender que el objeto de la ciencia jurídica está constituido tan solo por el derecho positivo, y la de estimar que a tal ciencia le corresponde únicamente su análisis y sistematización por la vía del método (inductivo) de construcción jurídica"; 164 y ss. Atado a ello, se advierte la influencia positivista de la ciencia, que explican: García-Pablos de Molina, *Derecho penal*, 470 y ss.; Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, 57 y ss., dice (58) que "Las tres teorías del derecho positivistas, muy diferentes entre sí, concuerdan, por tanto, en que las tres entienden el derecho exclusivamente como derecho 'positivo' y, en cambio, rechazan como 'acientífica' la cuestión relativa a cualesquiera principios jurídicos 'suprapositivos', a un 'derecho natural' o a la idea del derecho como un sentido material a priori de todo derecho".

9 Fernández Carrasquilla, *Concepto y límites del derecho penal*, 123.

10 Mantovani, *Diritto penale*, 25 y 26.

positivo tradicional. En todo caso, como se suele señalar, “no hay nada más práctico que una buena teoría”.

Quizás una aproximación negativa del concepto analizado resulte más útil por el momento. De este modo, no será *dogmática jurídica* la simple repetición descriptiva de la ley penal positiva en documentos abstractos (*servilismo exegetico*<sup>11</sup>); la repetición o recopilación acrítica de la jurisprudencia y la doctrina científica; el aprendizaje memorístico de la legislación, o la repetición idealista de casos sin analizar el contexto legal o la realidad social; y, en general, la simple creación de principios generales<sup>12</sup>. Esto no significa que algunas de estas actividades no sean importantes, en mayor o menor grado, para los juristas especializados. Sin embargo, no es un secreto que, para ser un “gran crítico” del derecho y la jurisprudencia vigentes, es necesario conocer primero la disciplina que se desea criticar<sup>13</sup>, con el fin de producir transformaciones relevantes en el sistema normativo y luego, si es posible, tener alguna influencia en la política y en la realidad.

Tampoco es “dogmática penal”, sino a lo sumo un ejercicio vacío y peligroso, la simple “crítica jurídica” ciega o sin profundidad de una institución (que en el fondo se desconoce en lo sustantivo y en lo procesal); el postureo como “rebelde académico”; o mantener un relativismo axiológico o ideológico, mediante un conceptualismo estéril. Aspectos que se alejan de la regulación normativa y nos introducen en la peligrosa inseguridad jurídica del “derecho libre”, esto es, en ese destino inevitable de la indeterminación y el azar<sup>14</sup> que, como diría Calamandrei, expresa realmente la “crisis de la comprensión de la importancia del derecho”<sup>15</sup>. Por ello, Rocco agrega que

La ciencia del derecho tiene elementos propios con los cuales trabaja y sin los cuales no le es posible llevar a cabo ninguna investigación [...] Estos

11 Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal, parte general*, 80.

12 Velásquez Velásquez, *Fundamentos de derecho penal*, 11.

13 Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal*, 180; Rocco, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, 33.

14 Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, 265 y 281-282, advierte que el acercamiento dogmático a la realidad “[...] no admite la sustitución simplista del derecho positivo por una opinión ideológica, por una parte, ni de las normas jurídicas por la realidad sociológica, por otra, sino que pretende la síntesis de esas antinomias: derecho positivo y valoración, y norma jurídica y hecho social”.

15 Calamandrei, *Fe en el derecho*, 88 y ss.; a p 98 y 99 señala que “Quien se afana hoy en la cruzada contra el ‘mito de la técnica jurídica’ y acusa de abstracción a la dogmática de los juristas, no es consciente de que esta técnica y esta dogmática ‘abstracta’ son los instrumentos indispensables de los que han tenido que servir y se servirán siempre los juristas mientras existan órdenes ‘abstractos’, es decir, generales e hipotéticas, que haya que poner en relación con los casos concretos de la vida”. Y agrega a 103, que “En el principio de legalidad está el reconocimiento de la igual dignidad moral de todos los hombres, en la observancia individual de la ley está la garantía de la paz y de la libertad de cada uno. A través de la abstracción de la ley, de la ley hecha no para un solo caso sino para todos los casos semejantes, nos es dado a todos sentir en la suerte de los demás la nuestra propia”.

elementos son normas jurídicas, o sea derecho objetivo [...] sin dichos elementos no existe ciencia del derecho y tampoco ciencia del derecho penal. “El hecho de no haber comprendido y respetado siempre esta verdad —verdad realmente simple, pero no menos importante— ha hecho invadir el campo jurídico penal de heterogéneos conceptos políticos y filosóficos, y sobre todo contrahechos fantasmas del mundo antropológico y de figuras sociológicas extrañas que se cruzan por la escena del derecho, causando así creciente desesperación de los espectadores<sup>16</sup>.

Una sustitución, en vez de una construcción interdisciplinaria del derecho penal colombiano, particularmente notoria en los últimos veinte años. Así las cosas, para desentrañar mejor la dogmática jurídica axiológica (*penal*), es necesario analizar el concepto, los ámbitos de aplicación, la legitimidad y la metodología que rodea esta compleja ciencia.

## Concepto

La *dogmática jurídico-penal* o *técnico-jurídica* es una ciencia o disciplina esencialmente práctica<sup>17</sup>, teleológica, heurística y pluridimensional, cuyo objeto de estudio y análisis son el derecho penal positivo y la jurisprudencia vigentes (en sentido amplio), y los conceptos, cuestiones<sup>18</sup> y problemas<sup>19</sup>, relaciones internas, límites, justificaciones y lagunas que se desprenden de ellas (en sentido estricto). Del estudio de dichos objetos se desprende la *doctrina científica*<sup>20</sup>, como instrumento que le permite al jurista “[...] optar por un determinado lado de una alternativa conceptual y

16 Rocco, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, 30.

17 Cerezo Mir, *Derecho penal, parte general*, 92 y ss.; Jiménez de Asúa, “Concepto del derecho penal y de la criminología, historia y legislación comparada”, 83 y 84; Jiménez Redondo, “Estudio preliminar”, 51, se refiere a las distintas dogmáticas jurídicas; Luzón Peña, *Derecho penal, parte general*, 99; Maurach y Zipf, *Derecho penal, parte general*, 53-55; Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, 307 y ss.; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal*, 180; Posada Maya, “Algunas aproximaciones al derecho penal en América Latina”, 64, advierte que “[...] se trata de recordar que la dogmática es una ciencia eminentemente práctica y que la práctica judicial sin dogmática, no puede calificarse como una verdadera ciencia con conexión de sentido, pues resulta inaceptable la idea de permanecer fiel a la letra de la ley, desconociendo la función de los institutos jurídicos positivos dentro de la realidad que les precede”; Rocco, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, 25; Solano Vélez, *Temas de derecho penal*, 25; Velásquez Velásquez, *Fundamentos de derecho penal*, 11.

18 Bacigalupo, *Derecho penal*, 62, señala que el verdadero objeto de la dogmática penal son las cuestiones jurídicas y no las normas.

19 Sobre la clase de problemas que busca resolver la dogmática penal, v. Courtis, “El juego de los juristas”, 106.

20 Fernández Carrasquilla, *Concepto y límites del derecho penal*, 115, recuerda el carácter preceptivo de la doctrina, en el sentido de que pretende indicar cómo debe ser la conducta del operador jurídico al aplicar el derecho penal positivo; Roxin, *Strafrecht*, 194. Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, 273, recuerda que “[...] las normas jurídicas son expresión formal de comportamientos sociales, aunque no sea en el plano de ser, sino en el del deber ser; por tanto, analizar el contenido de la norma jurídica es hacerlo de las conductas sociales imaginadas por la misma”. Solano Vélez, *Temas de derecho penal*, 13, estudia los diversos niveles de abstracción general y especial frente al derecho positivo.

dirigirse por lo general sin más demoras teóricas a aquello que le interesa", resolver los casos prácticos<sup>21</sup>. En todo caso, Mantovani<sup>22</sup> recuerda que el objeto de la ciencia penal no es solo el *ser*, sino también el *deber ser*, de manera que la política criminal se convierta en eje de racionalización del pensamiento jurídico y en la vigencia de las garantías, aunque no es cierto que los principios que los fundan tengan vigencia universal e inmutable<sup>23</sup>. Por ello, hoy la doctrina en general se refiere a la *dogmática crítica*.

Así las cosas, es correcto afirmar que el ámbito de la dogmática jurídica está limitado, por una parte, a la búsqueda de una *solución racional, crítica* (empleando la lógica formal y material<sup>24</sup>), *correcta y coherente* (axiológicamente orientada<sup>25</sup>) de problemas concretos en materia jurídico-penal<sup>26</sup>; teniendo en cuenta siempre la ley vigente, la jurisprudencia y los valores jurídicos durante un periodo histórico y social determinado. Y, por otra, a desarrollar una perspectiva que racionalice el *deber ser* jurídico penal en categorías sistemáticas comprensibles (abiertas y graduables), recogiendo el *consenso discursivo teórico y práctico*<sup>27</sup> sobre la interpretación, la sistematización y la aplicación previsible, comparada, justa y segura del derecho penal<sup>28</sup>. En este sentido, la doctrina considera que la dogmática es "el puente" conceptual entre la ley y la práctica legal<sup>29</sup>.

Precisamente, las normas penales por sí mismas no son suficientes para resolver los casos, o grupos de casos problemáticos, con seguridad

21 Jiménez Redondo, "Estudio preliminar", 53 y ss.

22 Mantovani, *Diritto penale*, 35.

23 Velásquez Velásquez, *Fundamentos de derecho penal*, 12, afirma que la dogmática penal no tiene como propósito principal la formulación de leyes universales e inmutables, ni somete "sus proposiciones a un criterio intersubjetivo y seguro de verdad".

24 Jescheck y Wigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 42.

25 Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho penal, parte general*, 83, critica precisamente la dogmática autoritaria o que brinda falsas apariencias de racionalidad, que niega espacios de racionalidad o que no limita el *ius puniendi*.

26 Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 120 y 121. En las páginas 286 y 287 analiza la inclusión de la dogmática en la filosofía práctica.

27 Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho penal, parte general*, 21 y 84 y ss., se refieren al poder de los juristas como un poder discursivo (casi nunca real) que se manifiesta racionalmente, a través de estrategias y tácticas jurídicas que proporcionan a los jueces criterios coherentes y ajustados a la realidad, para resolver casos concretos. Sobre el actual dualismo metodológico, v. García-Pablos de Molina, *Derecho penal*, 502 y ss. y 505.

28 Gimbernat Ordeig, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, 27; Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, 187 y ss.; Welzel, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, 59 y ss. Sobre las funciones y las tareas de la dogmática, v. Courtis, "El juego de los juristas", 109 y 113.

29 Jescheck y Wigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 42. La traducción española en su *Tratado de derecho penal*, 46, dice: "El núcleo duro de la ciencia del derecho penal es la dogmática penal (teoría del derecho penal). Esta parte de la ley penal como su base y límite, pone de relieve su contenido conceptual y construye sus proposiciones jurídicas, ordena el material jurídico y trata de encontrar nuevos caminos en la formación de conceptos y en la sistemática. A través de la interpretación del derecho vigente con un examen crítico, comparativo y sistemático de la jurisprudencia, la dogmática penal sirve como puente entre la ley y la praxis de una aplicación progresivamente renovadora del derecho penal llevada a cabo por los tribunales y, con ello, en gran medida a la seguridad jurídica y a la justicia".



jurídica<sup>30</sup> (en particular, los *casos de difícil solución*). Por ello, los estudios del derecho se encargan de encontrar una posible respuesta técnica por medio de “elaboraciones intelectuales” o conceptuales que se ofrecen a los jueces para la construcción de una jurisprudencia coherente y adecuada a la legislación y la realidad (a través de la norma y en cuanto esta integra su contenido como presupuesto y/o consecuencia)<sup>31</sup>.

Por tal motivo, Gimbernat Ordeig afirma que

El objeto de la ciencia del derecho penal es la ley positiva jurídico penal, esto es: determinar cuál es el contenido del derecho penal, qué es lo que dice el derecho penal: “la problemática auténtica del ‘descubrimiento de la verdad’ solo empieza en el pensamiento jurídico cuando de lo que se trata es la aplicación del derecho expuesto en los datos positivos prescritos a la multitud de datos de la vida”. *Con otras palabras: lo que el dogmático tiene que averiguar es ver si —y cómo— está regulado un supuesto de hecho concreto por el derecho penal. Al hacerlo se hace la ciencia del derecho penal.* [Énfasis añadido]<sup>32</sup>

Desde luego, no se trata de sustituir el pensamiento *sistemático* por el *problemático*, sino de complementarlos de manera equilibrada en la dogmática jurídica, para evitar una metodología excesivamente legalista o sociológica<sup>33</sup>. El concepto actual de dogmática no sigue un modelo formalista de

30 Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 63 y ss.; 79 y ss., y 173 y 174 dice que “El punto de partida —correcto— de tal concepción se halla en la estimación de que los textos legales no proporcionan en sí mismos bases suficientes para la solución de los problemas jurídico-penales, sino que es absolutamente ineludible que el jurista tome las correspondientes decisiones. Así pues, la dogmática penal tendrá por objeto básico, en sus enunciados más abstractos, la expresión de las características generales que debe reunir un hecho para ser estimado merecedor de pena. A continuación, y mediante nuevas tomas de posición valorativa, pretenderá derivar de ahí, plasmando en otros enunciados situados a un nivel inferior de abstracción, qué tratamiento jurídico-penal debe darse a determinadas estructuras problemáticas. Todo ello, desde luego, no se obtiene por vía inductiva de los tipos de la parte especial de los códigos penales, que describen las acciones punibles en particular, ni tampoco se deduce de determinadas estructuras ontológicas del obrar humano. Tampoco resulta de una mera interpretación —en el sentido positivista— de las disposiciones contenidas en la parte general del Código Penal. [...] Planteadas así las cosas, debe entenderse que el objeto de la dogmática se halla esencialmente [...] en la discusión racional de las referidas premisas valorativas, desde las que se construye el sistema y se da solución a los problemas”. En este punto la doctrina considera estudiar cómo se obtienen y como se controlan tales premisas valorativas; Zaffaroni, “Política y dogmática jurídico-penal”, 74.

31 Es claro Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho penal*, 103, cuando dice que “La ciencia del derecho penal tiene por objeto material un determinado sector de la realidad, acotado por una serie de hecho o acontecimientos a los que denominamos delitos, penas, estados peligrosos, medidas de seguridad, etc. Pero el análisis de ese sector de la realidad se lleva a cabo, en su seno, desde un punto de vista específico: no se estudian los hechos y acontecimientos mencionados en cuanto tales, en su realidad fáctica, sino en tanto se hayan previstos como presupuestos y consecuencias jurídicas en las normas penales positivas” [énfasis añadido]; Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, 269 y 304.

32 Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 36; Rocco, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, 11.

33 Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, 189, señala que “El pensamiento problemático, si quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, tiene que desembocar en un sistema; y el

interpretación, aplicación o corrección de la ley positiva. Por el contrario, señala la importancia de una construcción crítica, sistemática, lógica y material de los conceptos jurídicos, empleando una metodología “abierta”<sup>34</sup> que abarque las reglas jurídicas que rigen los comportamientos sociales, protegen los derechos ciudadanos y reivindican la Constitución. El resultado sería un análisis que debe corregir los resultados dudosos de las teorías penales previamente aplicadas, mediante los principios del derecho<sup>35</sup> y la comprensión adecuada de los problemas sociales que se pretenden resolver.

Naturalmente, la dogmática no se opone al empleo de metodologías comparadas para estudiar diversas fuentes normativas (nacionales o extranjeras), como marcos teóricos de referencia que faciliten la solución de problemas penales. Sin embargo, ello comporta el peligro de enseñar el derecho o de utilizar en la investigación textos que analicen otras legislaciones, sin tomar las precauciones para limitar o ajustar sus conclusiones a la legislación que se estudia y aplica. Así, sería un error emplear un estudio extranjero sobre determinada institución jurídica de alcance nacional (p. ej.: el *estado de necesidad*<sup>36</sup>), sin tener claridad sobre las diferencias comparadas entre las fuentes normativas que utilizan dichos estudios. Es más, la aplicación indiscriminada de estas elaboraciones teóricas a figuras basadas en supuestos normativos diferentes, supondría incurrir en falsos argumentos que pueden afectar seriamente las conclusiones del estudio científico e inducir en error a sus destinatarios. En definitiva, un análisis completamente inútil.

La dogmática jurídica impide que los investigadores efectúen análisis aislados de la normativa, pero en dicha labor también tiene un papel fundamental el análisis *interdisciplinario, funcional y comparado* de los conocimientos de otras ciencias como la criminología (que no es lo mismo que

---

pensamiento sistemático, si quiere encontrar la solución justa de un caso, tiene que estar orientado al problema”, 275 y 279.

34 Ambos, *El futuro de la ciencia jurídico penal alemana*, 36 y ss., señala que la dogmática penal alemana es un modelo que utiliza un discurso *aristócrata* y poco democrático, en el que participa toda la comunidad y no unos pocos iniciados.

35 Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, 187, habla de recursos lógicos y materiales en la construcción del sistema jurídico.

36 En el StGB alemán § 35 el *estado de necesidad* es realmente una causal disculpante (o justificante en § 34), no de inculpabilidad, por manera que en algunos casos solo implica una atenuación de la pena cuando el sujeto pueda tolerar el peligro que lo amenaza; en los demás, la figura podría implicar la ausencia de responsabilidad bajo criterios asociados a los fines de la pena. Por el contrario, en el C. P. colombiano, art. 32, num. 6, el estado de necesidad es exculpante, esto es, una causa de ausencia de responsabilidad penal absoluta, por manera que no supone solo una causal de atenuación de la pena. En los casos en los que el sujeto haya causado el peligro por dolo o culpa o tenga una relación jurídica especial que lo obligue a enfrentar el peligro, en Colombia, no tendría lugar la aplicación de la causal. En general, analizar ambas figuras como si fueran iguales o compatibles es un error elemental en un estudio dogmático, sin antes haber comparado cuidadosamente las correspondientes legislaciones y sus diferencias legales. Tal asimilación sería, entonces, acientífica y asistemática, además de falaz.

el derecho penal<sup>37</sup>), la política criminal (políticas públicas)<sup>38</sup>, la historia, la filosofía del derecho y las demás ramas de la legislación que tengan relación con el objeto de la investigación. Por ejemplo, la mayoría de los delitos contra el patrimonio económico o el orden económico-social tienen una estrecha relación con el derecho de las regulaciones, el derecho civil o comercial, etc. Se trata, entonces, de promover el estudio enriquecido del derecho penal legislado y las decisiones de los jueces con relevancia e impacto social.

Finalmente, esta “ciencia” jurídica no se puede confundir con la *técnica-jurídica de la legislación*, que se encargaría de estudiar la forma de crear adecuadamente las normas penales mediante el correspondiente proceso legislativo reglado por la Constitución Política.

## Ámbitos de aplicación

¿Para qué sirve la dogmática penal? Y, en este contexto, ¿qué es la investigación dogmática? En general, estas preguntas no tienen respuestas sencillas. Sin embargo, lo que se indaga usualmente está relacionado con lo que cada investigador quiere desentrañar, confrontando las teorías sobre el problema y los posibles contrargumentos a las soluciones propuestas<sup>39</sup>. Por tal motivo, el trabajo dogmático no debe comenzar por el final: la *crítica*; sino por algo más relevante: la *duda*<sup>40</sup> sobre un *problema jurídico*<sup>41</sup>, la aplicación de una norma jurídica o una institución penal, procesal o probatoria. De este modo, se busca determinar si la norma penal cubre cierto tipo de casos, y, si lo hace, precisar cuál sería la solución según la doctrina y la ley vigente, o si la respuesta del ordenamiento jurídico es compatible con el sistema jurídico de referencia y con el bloque de constitucionalidad.

37 Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 39, señala que “[...] la criminología no puede sustituir a la dogmática jurídica. Pues, por muy lejos que lleguen los conocimientos criminológicos y por muy perfectos que sean, nunca podremos determinar, basándonos en ellos, dónde empieza, por ejemplo, la tentativa y dónde acaba la mera preparación. Y no lo podremos determinar por la sencilla razón de que ni este ni ningún otro problema del contenido del derecho penal es el objeto de la criminología” [énfasis añadido].

38 Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, 269 y 320, dice en la primera que “En la concreción de la ley a la realidad debe atender tanto a la ley como a las exigencias de la realidad objetos de su regulación. Necesariamente, pues, se añade a la ley penal como objeto específico de la dogmática la referencia directa a postulados de política criminal”.

39 Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 119.

40 Abbagnano, *Diccionario de filosofía*, 356, dice que el término *duda* puede significar dos cosas: “(1) un estado subjetivo de incertidumbre, o sea una creencia o una opinión no suficientemente determinada o también la vacilación para elegir entre la aserción de la afirmación y la aserción de la negación; (2) una situación objetiva de indeterminación o la problematidad de una situación, o, lo que es lo mismo, su carácter indeciso con referencia a su posible éxito o a su posible solución”; Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, 943-944.

41 Abbagnano, *Diccionario de filosofía*, 953, define el *problema* así: “En general, toda situación que incluya la posibilidad de una alternativa. El P. no tiene necesariamente carácter subjetivo; no es reducible a la duda, aun cuando también la duda sea, en cierto sentido, un problema. Es más bien el carácter propio de una situación que no tiene un único significado o que incluye, de cualquier manera, alternativas de cualquier especie”; Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, 2915 y 2916, alude a los conceptos de *problema* y *problemático*.

En el ámbito de la indagación dogmática, el investigador generalmente encuentra tres escenarios de trabajo.

Si la dogmática jurídica es una ciencia su primer escenario natural sería la resolución convincente y practicable de *problemas* jurídico-penales, a partir del marco de la legislación, la cultura y la jurisprudencia nacional e internacional. La *investigación* es una palabra multívoca y multifocal, que no se puede limitar al ámbito académico, y debe extenderse a otros subsistemas de conocimiento como el empresarial, el universitario, el judicial, el sector real y el político, entre otros. Jueces, fiscales, abogados, asesores y docentes investigadores tienen que efectuar indagaciones, búsquedas o pesquisas cotidianas para resolver cuestiones convencionales o problemáticas.

En el caso del abogado, *en primer lugar*, estos problemas se suelen encontrar en investigaciones judiciales, en las cuales debe elaborar una “teoría del caso” a partir de las pruebas (o evidencias empíricas o lógicas) y del estudio del derecho, con el fin de brindar una solución a los procesos de sus representados; que sea coherente, clara y practicable (justiciable). Tratándose del investigador científico, esa participación podría consistir en la elaboración de conceptos, como aquellos relativos al alcance de las normas aplicables, de conformidad con el ordenamiento penal y la jurisprudencia de las Cortes Superiores.

La virtud de ello es que dichas soluciones jurídicas pueden ser aplicadas por las autoridades en casos particulares, brindando seguridad jurídica. La coherencia e idoneidad de dichos planteamientos teóricos puede ser medida por: (1) la calidad de las fuentes empleadas para desarrollar la teoría del caso o la solución de los problemas y las dudas jurídicas planteadas. Su pertinencia estará sustentada por la calidad del proceso de investigación adelantado en cada caso. (2) El respeto por los cánones jurídicos (reglas, normas y principios que determinan su coherencia sistemática) y la coherencia con los postulados democráticos (coherencia extrasistemática). (3) La clase de técnica de interpretación empleada para desentrañar el significado decisivo de dichas normas jurídicas y la aplicación de la ley o los precedentes (sin exclusiones injustificadas o arbitrarias). (4) La seguridad jurídica que garantice la homogeneidad en la solución local o regional de los problemas jurídicos. La idea es que los planteamientos dogmáticos sean exitosos e innovadores. La dogmática cumple, desde esta perspectiva, un papel central en la reducción de los factores que desvían al juez penal de los hechos probados. Y (5) es necesario que las propuestas teóricas no contradigan las premisas del caso (abstracto o concreto), la *realidad* social<sup>42</sup> y los supuestos teóricos de los cuales se parte para construir el análisis jurídico<sup>43</sup>.

42 Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, 257.

43 Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 128 y ss., y 137, 147 y ss., reitera que los aportes de las ciencias auxiliares no deben sustituir los criterios de imputación de responsabilidad dispuestos por la dogmática del derecho penal.

La sujeción a las normas constitucionales y penales vigentes es lo que se denomina *dogmática jurídica penal*, mal entendida como un respeto acrítico de la ley, pues en realidad estas solo serían el objeto de estudio y una referencia normativa para la investigación holística. Hablar de *investigación dogmática para la práctica* recobra especial importancia cuando se advierte que la enseñanza del derecho tiene como eje central la formación de competencias jurídicas (argumentación, investigación, pensamiento crítico, etc.).

*En segundo lugar*, una variante de la investigación mencionada es la sometida a estructuras regladas, como ocurre en las indagaciones judiciales o administrativas, respecto de infracciones criminales o contra la administración pública. En estas, la investigación del practicante o académico está limitada, por ejemplo, en la formación de las hipótesis de investigación, la recolección o valoración de la información, e incluso en la manera en la que el investigador se debe aproximar al objeto de estudio. Se trata de pesquisas basadas en evidencia científica, empírica o material, en comparación con los medios de prueba basados en la deducción lógico-formal.

Finalmente, *en tercer lugar*, el último ámbito de investigación suele estar asociado al estudio científico de la legislación, la jurisprudencia o la doctrina penales. Como sucede en los demás ámbitos mencionados, en este el investigador busca corregir y mejorar la legislación vigente y su aplicación por parte de los tribunales de justicia, mediante la elaboración de teorías científicas; o por medio de textos (manuales, tratados, lecciones, etc.) que analicen de manera sistemática las normas e instituciones jurídicas, sus principales características e inconvenientes, sus tendencias ideológicas, la evolución de las instituciones legales y la corrección de las decisiones judiciales. Todo ello, para transformar la realidad jurídica, política y social<sup>44</sup>.

Lo más interesante de este último escenario es que resulta propicio para desarrollar innovaciones legales en los temas científicos de vanguardia, como la inteligencia artificial, el cibercrimen, las nuevas formas de criminalidad empresarial, la biotecnología y el medio ambiente, los sistemas penitenciarios modernos, etc. Temas complejos que tienen un gran impacto en todos los sectores sociales y que exigen profundas reflexiones interdisciplinarias e interprofesionales en el marco de fenómenos como la globalización, el auge de las nuevas tecnologías, la criminalidad organizada transnacional y la grave criminalidad internacional, etc.

44 Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 122, señala que "[...] una ciencia sin influencia en la práctica es una ciencia castrada" la esencia está en influencia que la dogmática tenga sobre la jurisprudencia de los tribunales, para resolver casos concretos. Solo aquellas propuestas teóricas que recoja la jurisprudencia en realidad rigen en el derecho vivo".

## Criterios de legitimidad de la dogmática jurídica

La legitimidad de las normas penales que reprimen el delito como un hecho individual y social (aunque sean expresión de la civilidad humana), no es posible *a priori*. Por ello, se trata de una de las cuestiones más debatidas por la doctrina a lo largo de la evolución de la ciencia penal<sup>45</sup>. En este sentido, Alexy<sup>46</sup> advierte que la cuestión principal consiste en saber si el derecho es “correcto o adecuado”, para lo cual el jurista debe relacionar la *legalidad*, la *eficacia social del derecho* y la *corrección material* de este. Quien apunte solo a la corrección material o la eficacia asumirá una visión *ius naturalista* o *efectista*; por el contrario, quien acoja un derecho solo desde la legalidad lo hará desde una perspectiva *ius positivista*.

En este sentido, debe reiterarse la idea de que el derecho penal no es una ciencia neutra, pues, como lo señala Posada Maya:

[...] no se puede seguir manteniendo un derecho represivo lógico-formal, acultural o de espaldas a nuestra racionalidad, interacción popular y a nuestras estructuras lingüísticas; contrario a su vez a esa profunda estimación social y política de lo bueno o lo malo, de lo necesario o lo innecesario punitivamente, de lo adecuado o lo inadecuado de los mecanismos formalizados de control social. Es decir, no se puede sostener un derecho penal fundamentado exclusivamente en la importancia del proceso de criminalización, que desconozca las raíces de sus fundamentos políticos<sup>47</sup>.

Por el contrario, se trata de una ciencia del espíritu, política y culturalmente comprometida con la prevención y la sanción del crimen, para proteger los derechos fundamentales y humanos.

Precisamente, Gimbernat Ordeig afirma que la racionalidad de las propuestas teóricas descansa en dos pilares: (1) la controversia y refutación de los argumentos teóricos, con nuevos argumentos planteados por los pares académicos y la jurisprudencia<sup>48</sup>, situación que se ha denominado

45 *Ibid.*, 36, dice que “partir de la ley vigente no implica hoy reconocer su lógica o su legitimidad”; Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 186, recuerda que “[...] la legitimación del derecho penal no se produce solo por razones de eficacia empírica, sino también, y, sobre todo, por su conformidad con una dimensión de valor. Por ello, nuestra orientación del sistema dogmático del delito a los fines del derecho penal no conforma —conviene reiterarlo una vez más— una construcción puramente consecuencialista (orientada a las consecuencias externas), sino que integra plenamente el enfoque ‘orientado a los principios’ (deontológicos)”.

46 Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 21.

47 Posada Maya, “Algunas aproximaciones al derecho penal en América Latina”, 67.

48 Gimbernat Ordeig, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, 28 y 29, enseñan que “las teorías, abstractamente formuladas pretenden dar una solución igual a casos dudosos que —por creer que presentan el mismo problema— han de ser tratados igualmente. Una teoría es el presupuesto para el debate y la discusión. “Pues al exigir toda teoría una fundamentación, entramos en el campo de la argumentación. El que quede convencido por la fundamentación de esa primera teoría, se adherirá a ella; el que no, o bien reducirá el ámbito de aplicación de la teoría por estimar que ha agrupado

*democracia académica*. Y (2) en la seguridad jurídica que brinda al limitar el *ius puniendi*<sup>49</sup>, de acuerdo con el derecho constitucional y los tratados internacionales ratificados por Colombia. Ello supone, además, una ciencia penal sometida a los caracteres del derecho penal (subsidiariedad, fragmentariedad y *ultima ratio*).

Así mismo, las teorías dogmáticas o técnico-jurídicas deben propender por el cambio social y promover la creación de políticas públicas (política criminal) a partir de la criminología, que corrijan y orienten la actuación técnica de las agencias del Estado y la gestión de los conflictos sociales con relevancia penal. Ello, sin caer en la tentación de implementar ideologías penales basadas en el control desproporcionado.

En síntesis, como sucede en otras latitudes, la dogmática penal debe convertirse en un *cuarto poder*, es decir, en una disciplina que, por una parte, controle la aplicación del derecho positivo en la jurisprudencia y, por otra, promueva la permanente difusión y el respeto de los derechos humanos. Un poder discursivo que refuerce la reflexión sobre el derecho penal desde el ámbito local y promueva su racionalización, sin desconocer la necesaria regionalización e internacionalización de esta rama del derecho. La dogmática debe ser un medio adecuado para acercar sus innovadoras construcciones a la solución efectiva y consensuada de los conflictos.

Hablar de investigación dogmática (penal) es mucho más que realizar comentarios legales, como lo indican de manera despectiva quienes se dedican a deslegitimar esta “ciencia”, con el interés de mantener un sistema irracional mediante críticas superficiales, que apostrofan el desprecio por el derecho penal vigente. Posturas que pretenden una injustificada y fanática sustitución de las ciencias jurídicas por otras ciencias sociales (¡de nuevo!), lo que ha sido un rotundo fracaso histórico, como lo demostró la escuela positiva italiana.

## El método dogmático y la ciencia integrada del derecho penal

(a) La ciencia penal integrada. La doctrina se refiere usualmente a la *ciencia integrada del derecho penal*, compuesta por la criminología, la política

---

supuestos que no corresponden a las mismas características, o bien ampliará tal vez su alcance, dando entrada a nuevos casos de los que se piensa que debe recibir el mismo tratamiento que los primeramente agrupados, o bien establecerá una segunda teoría, en virtud de la cual dará una nueva solución al grupo de casos dudosos, etc. [...] como la teoría apela a la fuerza de convicción de sus argumentos, es posible combatirla racionalmente con objeciones y con nuevos argumentos que tal vez encuentren eco”.

49 Fernández Carrasquilla, *Concepto y límites del derecho penal*, 122; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal*, 180; Schünemann, “El refinamiento de la dogmática jurídico penal ¿Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico-penal alemana”, 15 y 18.



criminal, la victimología y la dogmática penal<sup>50</sup>. En primera instancia, la existencia del crimen exige verificar cuáles son sus manifestaciones, quiénes y por qué son sus autores y sus víctimas, en qué sectores poblacionales se hallan estos, cuáles son las metodologías empleadas en los ataques ilegales, qué sectores y mercados afecta el crimen, y cuál es el efecto del control social en la prevención y el castigo del delito<sup>51</sup>. El estudio de dicha realidad se lleva a cabo mediante métodos empíricos e inductivos, como sucede en la estadística, la sociología y la historia, etc. Al tiempo, los estudios criminológicos son el diagnóstico que permitirá la crítica científica al derecho penal, al sistema penal y al funcionamiento de ambos en la práctica. Todo ello, sin condicionar su contenido valorativo, teórico o normativo, pero sí alejándolo de simples intuiciones u opiniones. De las cuestiones descritas se encarga la *criminología*<sup>52</sup> como *ciencia del ser*, cuyas elaboraciones se enfocan en el funcionamiento, la eficacia del control social y las manifestaciones del delito.

Con base en el conocimiento que revelan los estudios empíricos de la cuestión criminal (a través de un diálogo interdisciplinario y técnico que influya también en la jurisprudencia), es posible crear políticas criminales generales y especiales que regulen la intervención del Estado (como *extrema ratio*). Para ello, el Estado debe implementar políticas democráticas eficientes que permitan solucionar los conflictos sociales y sancionar los actos más intolerables en contra de los derechos ciudadanos, los bienes jurídicos y el Estado social y democrático de derecho.

50 Luzón Peña, *Derecho penal, parte general*, 99; Maurach y Zipf, *Derecho penal, parte general*, 45 y 46; Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, 204 y ss.; Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 66 y 67, señala que "[...] a nadie extrañará que aquí se comparta la tesis de que la dogmática jurídico-penal constituye la *ciencia del derecho penal por excelencia*, y otras disciplinas como la criminología, la política criminal o la victimología, sin perjuicio de su autonomía, resultan esencialmente auxiliares". Y agrega a páginas 70 y 71, que junto a la dogmática "[...] la *criminología*, como ciencia empírica del delito, aporta los imprescindibles datos acerca de la fenomenología criminal y las diversas instancias implicadas en ella (delincuente, víctima, aparatos del control social). Por su parte, la *política criminal* proporciona la necesaria referencia a fines y valores, al cumplir la 'misión política' de orientar la evolución de la legislación penal (perspectiva de *lege ferenda*) o su propia aplicación en el presente (perspectiva de *lege lata*) a las finalidades materiales del derecho penal. A ellas se ha unido recientemente, con aspiraciones de autonomía, la victimología, que se ocupa específicamente de la víctima del delito, atendiendo a su intervención en el surgimiento del delito y en la posterior solución del conflicto".

51 Sobre el concepto de control social, v. Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, 19 y ss.

52 Sobre el valor interpretativo de la criminología, v. Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 33. Sobre la relación entre dogmática penal y criminología, v. Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho penal*, 123 y ss.; García-Pablos de Molina, *Derecho penal*, pp 519-525; Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 38 y ss.; Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 150 y ss. (153); Sotomayor Acosta, "¿Derecho penal liberal o derecho penal crítico en Colombia", 269 y ss.; Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho penal, parte general*, 157 y ss. Sobre su concepto: Cuello Contreras, *El derecho penal español*, 37 y ss.; Elbert, *Manual básico de criminología*, 7 y ss.; Larrauri, *Introducción a la criminología y el sistema penal*, 15 y ss.; Maurach y Zipf, *Derecho penal, parte general*, 46 y ss.; Molina Arrubla, *Introducción a la criminología*, 9 y ss.; Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, 193 y ss.; Pérez Pinzón/Pérez Castro, *Curso de criminología*, I y ss.; Reyes Echandía, *Criminología*, I y ss.; Zaffaroni/Días Dos Santos, *La nueva crítica criminológica*, 30 y ss., entre otros.



Como es de esperarse, cada ordenamiento jurídico prevé las condiciones, valores socioculturales y principios normativos que deben cumplir este tipo de propuestas políticas. Entre ellas se advierten, por ejemplo: la promoción de medidas preventivas y sociales (políticas públicas) antes que actuaciones represivas o punitivas; el respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales; el acatamiento del modelo constitucional; la creación de políticas penales democráticas, públicas, eficientes y eficaces, basadas en estudios económicos del derecho, que supongan medidas evaluables a corto y largo plazo.

De esta manera, la *política criminal*<sup>53</sup> puede promover la reforma o derogación crítica del derecho positivo vigente, o la creación de nuevas normas que permitan alcanzar, en términos funcionales y coherentes, la eficacia e idoneidad del ordenamiento para reducir el crimen a partir de criterios axiológicos y políticos preestablecidos.

Efectuadas las correspondientes reformas legales mediante el proceso de criminalización primaria, le corresponde a la *dogmática crítica* resolver los casos penales en los términos de dichas estructuras jurídicas y los fines del derecho. De esta manera, el estudio técnico del derecho se presenta en la actualidad como un verdadero “programa político axiomático”, ajustado a la Constitución y la ley<sup>54</sup>. Y luego el ciclo comienza de nuevo, siempre con base en la Constitución y los principios de la política criminal (legalidad, ofensividad, exigibilidad, debido proceso, etc.). Sin embargo, es importante no mezclar las mencionadas ciencias, en la medida en que ello podría eliminar su especialidad<sup>55</sup>.

53 Binder, “Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática”, 137 y ss.; Maurach y Zipf, *Derecho penal*, 51 y ss. Sobre la relación entre política criminal y dogmática penal, v. Cuello Contreras, *El derecho penal español*, 156 y ss.; García-Pablos de Molina, *Derecho penal*, 533-539; Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, 289; Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 155 y ss.; Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho penal, parte general*, 155, rescata la interdisciplinariedad del derecho penal y la política criminal.

54 Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, 269, 270 y 282; Zaffaroni, “Política y dogmática jurídico-penal”, 75, afirma que “todo concepto jurídico-penal es un concepto político”.

55 Cobo del Rosal y Vives Antón, *Derecho penal*, 109 y ss.; Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, 216 y ss.; Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 154 y 157, señala que la criminología no puede confundirse con la dogmática penal, en la medida en que “lo que es esencialmente valorativo no puede presentarse como producto de la investigación de la realidad. Del ser no se deriva el deber ser, y los resultados de una investigación criminológica pueden dar lugar a decisiones valorativas contrapuestas, en función de la diversidad de las premisas axiológicas de las que parta el jurista (o el científico social, si es este quien procede a valorar”.

(b) El método (fin) dogmático<sup>56</sup>. El método particular<sup>57</sup> empleado por la dogmática para estudiar de forma problematizada y sistemática las normas jurídico-penales y su aplicación práctica por la judicatura, de acuerdo con la teoría previa y la realidad cambiante<sup>58</sup>, se basa en varias etapas complementarias<sup>59</sup>, de la siguiente manera:

(1) El primer paso en la construcción de un texto dogmático, implica la *interpretación* del posible sentido (no lineal) del contenido de las normas jurídico-penales, que resultan decisivas para su aplicación (subsumibles o concretables desde lo abstracto) a un caso-problema, de acuerdo con los métodos objetivos y subjetivos reconocidos por la ciencia jurídica (exegético o literal, lingüístico, histórico, sistemático, de efectos constitucionales, sociales, etc.)<sup>60</sup>. En el ámbito del derecho penal cobra particular relevancia determinar, desde la experiencia hermenéutica, el ámbito de protección del delito y el sentido dinámico de los términos lingüísticos (elementos normativos) utilizados por el legislador en el tipo penal; sin ser posible recurrir para ello a la analogía desfavorable a la persona sujeto a la persecución penal<sup>61</sup>.

Piénsese en el siguiente caso: un hombre transgénero, que sexualmente ha nacido mujer, queda en embarazo de su pareja y decide abortar. Luego de hacerlo es denunciada por sus familiares por el delito de aborto

56 Abbagnano, *Diccionario de filosofía*, 802 y 803, afirma que el método tiene dos significados fundamentales: "1) toda investigación u orientación de la investigación; 2) una particular técnica de investigación. El primer significado no se distingue del de 'investigación' o 'doctrina'. El segundo significado es más restringido e indica un procedimiento de investigación ordenado, repetible y autocorregible, que garantiza la obtención de resultados válidos". En cuanto a la metodología, indica: "[...] 3) con el nombre de M. se indica a menudo actualmente el conjunto de los procedimientos de comprobación o de control en posesión de una determinada disciplina o grupo de disciplinas"; Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, 2400 y ss.; Fernández Carrasquilla, *Concepto y límites del derecho penal*, 112; Sánchez Zorrilla, "La metodología en la investigación jurídica", 321 y ss. y 332 y ss. (metodología práctica); Solano Vélez, *Temas de derecho penal*, 29; Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho penal, parte general*, 79.

57 Rocco, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, 16.

58 Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 123.

59 Luzón Peña, *Derecho penal, parte general*, 100-102; Rocco, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, 18; Sánchez Zorrilla, "La metodología en la investigación jurídica", 337 y ss.; Velásquez, *Fundamentos de derecho penal*, 12-13.

60 Abbagnano, *Diccionario de filosofía*, 696 y 697, dice que es "[...] la posibilidad de referir un significado a su designado o también la operación mediante la cual un sujeto (intérprete) refiere un signo a su objeto (designado). [...] Se habla de I. en la ciencia cuando se hace corresponder un determinado modelo (véase) a un sistema axiomático, esto es, a un ejemplo concreto o a un conjunto de entidades que satisfaga las condiciones enunciadas por el sistema axiomático". Cerezo Mir, "Derecho penal, parte general", 92 y ss.; Cobo del Rosal y Quintanar Díez, *Instituciones de derecho penal español*, 30 y ss., y 115 y ss.; Fernández Carrasquilla, *Concepto y límites del derecho penal*, 116; Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, 1622 y ss., habla del concepto hermenéutico; Fiandaca y Musco, *Derecho penal*, 128; Jakobs, *Derecho penal, parte general*, 103 y ss.; Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, 350; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal*, 111 y ss.

Sobre los métodos de interpretación, v. Cuello Contreras, *El derecho penal español*, 222 y ss.; Fiandaca y Musco, *Derecho penal*, 133-138; Jescheck y Wigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 152, señala que toda norma requiere de interpretación, y 154-160; Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, 308 y ss.; Solano Vélez, *Temas de derecho penal*, 30-31.

61 Luzón Peña, *Derecho penal, parte general*, 100.

con consentimiento (C. P., artículo 122). Una primera cuestión es determinar el alcance del tipo penal de aborto. Y el principal problema que se advierte es que este delito solo se aplica a las mujeres. ¿Abarca, entonces, este supuesto a las personas que por su género se identifican como varones? o ¿debe aplicarse un concepto sexual, fisiológico u otológico de mujer en estos casos?, ¿qué debe entenderse por mujer y por terminación del embarazo en el sentido del ámbito de protección de la norma y del bien jurídico y vida dependiente del no nacido? Este primer paso del método dogmático permite plantear, en consecuencia, los diversos problemas jurídicos que enfrenta el intérprete al aplicar el tipo penal de aborto frente a los hechos relevantes del caso.

En este sentido, sería un grave error excluir *a priori* algunos de los métodos de interpretación, utilizados por los juristas al analizar el derecho positivo<sup>62</sup>, toda vez que cada uno puede tener consecuencias selectivas diferentes (directas e indirectas) al desentrañar los rasgos generales, accidentales y el alcance de la norma penal que se pretende aplicar al caso concreto. Por ejemplo, algunos métodos sirven para determinar el sentido de los mandatos o prohibiciones penales, para entender las relaciones normativas, estudiar los antecedentes aplicables a la legislación o su origen, y aclarar las necesidades del caso o problema jurídico que se pretende resolver, etc.

En síntesis, mediante la interpretación, el investigador dogmático adquiere la información confiable y relevante para explicar y aplicar el derecho penal, de acuerdo con las garantías penales y el sentido que pretende comunicar el legislador a través de dichas normas jurídicas (sin hacer sustituciones empiristas en la construcción o deconstrucción de su sentido normativo).

(2) En segundo lugar, el jurista o investigador social debe construir, a partir de distintas hipótesis de trabajo, soluciones teóricas mediante la *sistematización*<sup>63</sup>. Esto es, la explicación político-valorativa (no solo lógica<sup>64</sup>) del alcance racional del derecho penal, de una conducta punible (y sus elementos objetivos, subjetivos o punitivos) y de las relaciones normativas de estos con su entorno, teniendo en cuenta *la teoría del delito* precedente y otras fuentes jurídicas relevantes como, por ejemplo, las normas procesales y de ejecución penal.

62 Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho penal, parte general*, 79.

63 Courtis, "El juego de los juristas", 113 y ss.; Gimbernat Ordeig, *¿Tiene futuro la dogmática jurídica penal?*, 27 y 28, 106; Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 333; Roxin, *Strafrecht*, 195, Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 120, advierte que: "[...] la sistematización culmina en un proceso de abstracción, mediante la reconducción de lo individual a categorías cada vez más generales. Pretende, pues, en última instancia, la elaboración de unos pocos conceptos, fundamentales para el conjunto del sistema".

64 Fernández Carrasquilla, *Concepto y límites del derecho penal*, 120.

Como se ha dicho, las teorías jurídicas tienen sentido práctico para la aplicación *aporética*<sup>65</sup> del derecho penal, mediante conclusiones relativamente equivalentes, abiertas a las consecuencias y a las posibles soluciones, y verificables sistemática y extrasistemáticamente (a partir de los principios de política criminal), que brinden seguridad jurídica de acuerdo con el modelo de Estado social y democrático de derecho<sup>66</sup>. Por ello, Gimbernat Ordeig sostiene que

La tarea del penalista consiste en ir superando las aparentes soluciones de los distintos problemas y en armonizar esas soluciones en un sistema *que nunca habrá de considerarse como algo definitivo y acabado, sino siempre como susceptible de modificación y de una nueva armonización cuando sea preciso incorporar nuevos principios obtenidos del enfrentamiento con nuevos problemas*. Lo dicho no significa que las consideraciones sistemáticas carezcan en lo absoluto de valor, ni mucho menos; pero necesitan constantemente ser confirmadas en el problema, cuando no lo sean, habría que preguntarse inmediatamente si el fallo no reside en el sistema que impide una solución adecuada al problema jurídico-penal<sup>67</sup>. [Énfasis añadido]

Dicho en otras palabras, la *sistematización u ordenación lógica (discursiva o clasificatoria), problemática y teleológica del conocimiento jurídico penal*<sup>68</sup>, en trabajos científicos o en teorías del caso debe dar cuenta de las contradicciones de la norma aplicable (de *lege lata*); del cumplimiento de los principios del derecho en el contexto de los marcos analíticos previos (la ciencia

65 Sobre los inconvenientes (la crisis) del pensamiento *sistemático* y las ventajas de un pensamiento *problemático*, v. García-Pablos de Molina, *Derecho penal*, 504 y ss., entre los problemas menciona: la sobrevaloración y los excesos del sistema, el surgimiento de nuevos problemas teóricos, al incremento de resultados injustos (por el automatismo en la aplicación de la ley), la ausencia de política criminal, la marginación de los problemas sociales y políticos; ello, sin descartar los problemas de arbitrariedad y selectividad a los que conlleva el modelo de pensamiento *problemático*; Roxin, *Strafrecht*, 211 y ss., y 219 y ss.

66 Fernández Carrasquilla, *Concepto y límites del derecho penal*, 120; Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 326 y 327; Velásquez Velásquez, *Fundamentos de derecho penal*, 15.

67 Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 106 y 107.

68 *Ibid.*, 90, indica la importancia de crear conceptos generales para el legislador (con el fin de aligerar la subsunción típica) y para el juez (para eliminar la indeterminación jurídica); Luzón Peña, *Derecho penal, parte general*, 101; Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, 253 y ss.; Rocco, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, 22; Schönemann, "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", 1-6; *id.*, "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", 1 y ss. A 3 señala que la "Ordenación y regulación del saber existente, averiguación de las contradicciones que se den y disponibilidad permanente de dicho saber en forma orientada al problema prueban, por tanto, el valor de la construcción sistemática, ineludible en cualquier ciencia desarrollada"; Solano Vélez, *Temas de derecho penal*, 35. Sobre el carácter supranacional del conocimiento dogmático, v. Schönemann, "Brennpunkte des Strafrechts in der entwickelten Industriegesellschaft", 370-372; Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho penal, parte general*, 87 y ss., agrega a 92, que "No es posible prescindir de un sistema conceptual en la elaboración de un derecho penal que aspire a cumplir alguna función dentro de un modelo de estado de derecho, porque es inadmisibles que la irracionalidad sea fuente de un saber que aspira a una función racional".

del derecho<sup>69</sup>); de la práctica legal y la gramática diseñada por la ley (regla de compatibilidad legal) y la política criminal, a partir de las condiciones sociales según lo indica la sociología.

En el ejemplo que se planteó previamente sobre el posible delito de aborto de una persona transgénero, luego de un análisis, por ejemplo, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia que exista sobre el tema, las teorías del género y las normas rectoras de la ley penal colombiana vigentes, el intérprete podría derivar distintas posibilidades teóricas para resolver el caso en la práctica, algunas con mayor éxito o corrección material que otras. Así, por una parte, podrá plantear que el criterio fundamental para aplicar el delito de aborto implica interpretar el elemento normativo “mujer” desde una perspectiva sexual o biológica, asociada con la capacidad fisiológica para quedar en estado de embarazo. Desde esta perspectiva, a la persona transgénero le sería aplicable el delito de aborto con consentimiento y la conducta será punible con independencia de su identidad sexual. Por otra, afirmar que la imputación por el delito de aborto no puede desconocer categorías sociológicas y jurídicas como el género. De tal manera que, al ser el sujeto activo del tipo un hombre en términos de género (y por consiguiente jurídicos), en este evento sería discutible la aplicación del tipo penal de aborto, pues, a partir del principio de estricta legalidad, este solo se podría castigar si el autor es una mujer o esta lo permite. Según esta postura, aplicar el artículo 122 de forma extensiva implicaría una violación al principio de favorabilidad. Como se aprecia, una interpretación sistemática de la norma en el contexto del ordenamiento jurídico, le permite al intérprete formular diversas teorías del caso, incluso contrapuestas, para que el juez tome una decisión jurídica argumentada y válida sobre la tipicidad o atipicidad del delito de aborto.

Debe reiterarse que la funcionalidad de la sistematización tiene un triple sentido: (1) recoger el consenso doctrinal mayoritario sobre la solución democrática a un determinado problema jurídico-penal; (2) resolver los problemas jurídicos en la administración de justicia de manera eficaz, comprensible, segura, igualitaria (mas no automática) y confiable, limitando la intervención del *ius puniendi*<sup>70</sup>. Ambos sentidos dependen de la

69 Sobre la importancia de los principios en la construcción dogmática, v. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, 465 y ss.; Schünemann, “La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal”, 659. García-Pablos de Molina, *Derecho penal*, 541 y ss., aborda la renovación tecnológica de la ciencia penal.

70 Fernández Carrasquilla, “¿Cómo es posible una dogmática axiológica?”, 166 y 167, indica como elementos centrales de una dogmática axiológica, los siguientes: (1) entender que el derecho no se reduce a cuestiones técnicas, sino que tiene connotaciones valorativas y sociopolíticas; (2) el método dogmático no solo es formal (lógico sistemático), sino esencialmente material axiológico; y (3) dicho método debe ser unitario, y pretender modificar el ser del derecho penal, teniendo en cuenta los valores constitucionales y la justicia en las relaciones sociales; Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 338.

capacidad de adecuación de las teorías dogmáticas al programa democrático de la Constitución y a la *deliberación académica*, es decir, al resultado de la confrontación y corrección de las propuestas penales teóricas en amplios escenarios de discusión científica; y (3) construir un sistema *unitario, pleno y coherente*. Al respecto, Molina López afirma que

Cuando se habla de unidad se pretende indicar que el ordenamiento ha de tener un referente de validez tanto material como formal. En Colombia ese referente de unidad para el ordenamiento jurídico penal vendría dado por la Constitución política de 1999 y el bloque de constitucionalidad. En cuanto a la plenitud, quiere señalarse, con esa caracterización al ordenamiento jurídico, que este debe ser un todo íntegro; ello es, que el ordenamiento jurídico debe atribuirle una significación normativa a todas las conductas que se producen en el ámbito de aplicabilidad de aquel, considerándolas como prohibidas, ordenadas o permitidas. El efecto que se busca con ello es eliminar cualquier vacío, cualquier laguna que pueda generar grietas en la firmeza del ordenamiento y la confianza que los destinatarios han de tener en él. En cuanto a la coherencia, ella implica que el ordenamiento jurídico debe proveer un único tratamiento normativo a cada situación<sup>71</sup>.

(3) Y, finalmente, durante la labor dogmática, el jurista e investigador debe acudir a la *crítica dialéctica y axiológica* de los defectos del ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia; y a las premisas axiológicas que representan, siempre en relación con la aplicación instrumental de la normativa penal. En este punto, el jurista también debe evaluar la eficacia real del derecho penal, a partir de la política criminal, para solucionar los problemas vinculados a su ámbito de aplicación legal<sup>72</sup>.

De esta manera, el intérprete puede concluir la necesidad y oportunidad de: (1) efectuar nuevos estudios criminológicos o de política criminal, sobre la eficacia del derecho penal, alejándolo de soluciones simbólicas; (2) revisar la efectividad y el progreso del control social, lo que implica tener en cuenta las soluciones que se derivan de otras herramientas sociales; y (3) la necesidad de desarrollar nuevas construcciones teóricas o implementar reformas sustantivas, procesales y de ejecución penal, para adecuar el ordenamiento penal a las necesidades sociales<sup>73</sup>. El objetivo

71 Molina López, "El [des]ordenamiento jurídico penal colombiano", 1356 y 1357. Cada situación se refiere al caso imputado o acusado por la Fiscalía.

72 Fernández Carrasquilla, *Concepto y límites del derecho penal*, 121; Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, 278 y ss., advierte que "La dogmática jurídico-penal se obliga a la crítica del derecho penal, desde el momento en que lo acepta tal como es. Solo así puede hablarse de ella como de una verdadera ciencia y no como una mera técnica al servicio de la clase dominante".

73 Alexy, "Teoría de la argumentación jurídica", 246 y ss.; Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 334 y ss.; Solano Vélez, *Temas de derecho penal*, 23 y 24.

final es construir una dogmática axiológica desde la comunidad social, siempre realista, que supere la tensión social entre el deseo de un orden funcional utilizando el derecho penal y la posibilidad efectiva de hacerlo.

Precisamente, en el caso de aborto propuesto, una vez advertidos los problemas jurídicos que plantean los hechos relevantes, haber hecho propuestas teóricas a la luz de distintas perspectivas sistemáticas e incluso extrasistemáticas, para que el juez pueda aplicar de manera adecuada el derecho positivo al caso concreto, el intérprete puede recurrir a la dogmática penal y a otras ciencias auxiliares para analizar la necesidad de reformar el artículo 122 del C. P. Dicha reforma, por ejemplo, podría proponer eliminar la palabra *mujer* por otra expresión más inclusiva como persona, o incluso agregar o aclarar dicha expresión, o concluir que no es necesaria la reforma, aplicar situaciones de atenuación por considerar que dicho delito puede comportar más graves efectos sociales para el autor que el castigo, proponer sanciones alternativas o incluso insistir en su derogación (descriminalización o despenalización). Propuestas que hacen parte fundamental de la labor del dogmático.

Finalmente, la doctrina moderna ha puesto de presente el grave peligro que comporta construir una dogmática penal sin vinculación con otras ciencias, en el sentido de efectuar construcciones a partir de deducciones puramente imaginarias, que no consultan la realidad social y la evolución cultural de los pueblos<sup>74</sup>. Por ello, sin que lo dicho signifique aplicar soluciones empíricas, se debe estudiar el derecho penal en distintas dimensiones, pues, como lo señala Mantovani<sup>75</sup>, las elaboraciones dogmáticas deben ser:

(1) *técnicas*, en la medida en que este es el medio “irrenunciable” para desarrollar las categorías lógico-culturales que permitan la construcción del derecho penal y lograr la justicia sustancial, evitando su aplicación emocional o intuitiva; (2) *históricas y comparadas*; (3) *interdisciplinarias y pluridimensionales* (ética, criminológica, psicológica, sociológica, económica y políticamente, etc.); (4) *problemáticas*, en el sentido de considerar las instituciones desde distintos paradigmas en el sistema penal; (5) *críticas*, con la obligación científica de someter las construcciones teóricas a una constante evaluación metajurídica; y (6) *principalísticas*, esto es, controladas por los principios de la disciplina para evitar injusticias. A ello se

74 Precisamente Zaffaroni, “Política y dogmática jurídico-penal”, 71 y 72, advierte que “[...] con un método deductivo puro, a partir de una ley (un texto escrito) se imagina una voluntad, unos efectos y un sujeto que configuran una política penal (o criminal) que es producto de deducciones e imaginación técnica y que opera en un mundo real que no se pregunta cómo funciona. Desde este ámbito tan limitado y con elementos no verificados en la realidad social (o que confesamente provienen de un ámbito imaginario) y que omiten todo contexto de poder político, económico, social y marco cultural, es poco menos imposible que vincular la construcción jurídico-penal con la política”.

75 Mantovani, *Diritto penale*, 36 y 37.



añade que la ciencia del derecho, especialmente la dogmática jurídico-penal, debe ser *transnacional e internacionalizada*.

De no ser así, como lo señala Zaffaroni<sup>76</sup>, se construirían “teorías autistas”, alejadas de la realidad y ciegas frente a los efectos sociales que causarían. De manera que las construcciones teóricas que utilizan métodos deductivos puros (carentes de matices axiológicos) no producirían soluciones prácticas previsibles para la generalidad de los casos, sino que, por el contrario, serían fuente de incertidumbres y arbitrariedades judiciales. Para este autor, una teoría dogmática “neutral” caería en el “simplismo ridículo”, lo que propiciaría justamente el desprecio que se ha acusado al comienzo del escrito, confundiendo la dogmática con simples discursos politiqueros, sin ninguna clase de respaldo técnico, lo que se ha denominado *la alienación del discurso*<sup>77</sup>.

## Conclusión

La dogmática jurídica es un método de investigación y aplicación axiológico, dialéctico, aporético y fundamentalmente práctico, que tiene como propósito solucionar de manera legal y coherente los casos o grupos de casos penales de acuerdo con construcciones jurídicas racionales, que permitan preservar la seguridad jurídica, mantener los valores constitucionales, mejorar la doctrina y la jurisprudencia, y reforzar los estándares de aplicación de la ley penal en una sociedad determinada. Es parte del oficio del jurista que dichas construcciones parciales, además, consulten la realidad y el desenvolvimiento social, mediante la incorporación de ciencias como la criminología y la política criminal, la última de las cuales se convierte en el centro de las categorías del derecho penal moderno. Desde luego, ello no supone confundirlas.

Así las cosas, la investigación dogmática supone varios presupuestos ineludibles: (1) la necesidad de resolver un problema en la aplicación del derecho positivo (lo que incluye la correspondencia entre las normas jurídicas y la jurisprudencia); (2) un profundo conocimiento de la ley, la jurisprudencia y la doctrina dominantes; y (3) un adecuado manejo de los métodos de interpretación, que permita construir propuestas teóricas para solucionar problemas jurídicos concretos. A ello se suma la exigencia

76 Zaffaroni, “Política y dogmática jurídico-penal”, 72 y ss.

77 Agrega *ibid.*, 75, que “[...] cuando se pretende eliminar el método jurídico para caer en el puro discurso político, el producto sea un discurso clientelista de oportunidad sin contenido racional (o con racionalidad propia, que es la del Estado de policía, o sea la funcionalidad para quien manda). No importa si la naturaleza política del discurso jurídico-penal se ha tenido en cuenta al elaborarlo, porque siempre será lo que es, aunque quien lo elabore lo ignore. Pueden elaborarse conceptos y aun enteros sistemas jurídico-penales ignorando su esencia política y sus consecuencias reales: esto dependerá de la mayor o menor *enajenación o alienación política del teórico*”. Justamente, Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho penal, parte general*, 94 y ss.



de conocer los dictámenes criminológicos y las necesidades políticas y sociales que deben limitar la intervención punitiva del Estado.

En la actualidad, dichas elaboraciones teóricas también deben tener en cuenta la globalización del crimen (transnacionalidad e internacionalización) y la influencia de las nuevas tecnologías, que han propiciado cambios teóricos fundamentales en la ciencia del derecho penal y en la legislación. Se trata de enormes retos que exigen superar la realidad del crimen y que no se compadecen con una teoría del delito y la pena planteadas para la criminalidad del siglo xx.

El sentido final de la dogmática penal es, como lo señalaron en su momento Maurach y Zipf, alcanzar “[...] un consenso básico en la sociedad con respecto a la configuración del derecho penal, tanto a nivel de derecho constitucional como en el campo de los principios político-criminales más importantes”<sup>78</sup>. Un consenso que permita “el control del desarrollo de la criminalidad, de una manera que permita preservar la paz jurídica interna”<sup>79</sup>. Según los autores, ello permitirá humanizar el derecho penal y preservar las garantías constitucionales para toda la sociedad, mediante soluciones teóricas acordes con la realidad y los valores fijados por Constitución.

Por otra parte, los dos retos más importantes de la investigación dogmática en el derecho penal colombiano son, como se expresó hace algunos años<sup>80</sup>, primero, superar el modelo jurídico penal latinoamericano que

obedece a sistemas económicos de baja o mediana industrialización, tras los cuales coexisten sistemas estatales marcadamente policivos (hasta hobbesianos) que han perdido “poder de configuración” debido al fenómeno de la globalización, generalmente burocratizados y con una cobertura de inversión social deficitaria que produce marginación y desigualdad. Sistemas que no se han erigido precisamente en función a la realidad, sino, más bien, con el propósito de ocultar en las instituciones una determinada estructura social del poder; dado lo cual, tienen como base, en parte histórica y en parte estructural, una débil socialización de los valores y reglas de convivencia básica, por lo que se comprueban difícilmente adaptables y progresivos<sup>81</sup>.

78 Maurach y Zipf, *Derecho penal, parte general*, 76.

79 Maurach y Zipf, *Derecho penal, parte general*, 76.

80 Posada Maya, “Algunas aproximaciones al derecho penal en América Latina”, 57.

81 Maurach y Zipf, *Derecho penal, parte general*, 76.

Y, segundo, acercar la doctrina penal a la jurisprudencia nacional, pues, si ambas no trabajan de manera conjunta y legítima, sería imposible el avance de nuestro derecho penal<sup>82</sup>.

## Bibliografía

- Abbagnano, Nicola. *Diccionario de filosofía*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- . “La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”. En *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Ambos, Kai. *El futuro de la ciencia jurídico penal alemana*. Bogotá: Temis, 2006.
- Atienza, Manuel. *Filosofía del derecho*. Madrid: Trotta, 2017.
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal, parte general*. Lima: Ara, 2004.
- Binder, Alberto. “Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática”. En *Análisis político criminal*. Buenos Aires: Astrea, 2011.
- Calamandrei, Piero. *Fe en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Cerezo Mir, José. “Derecho penal, parte general”. *Obras completas*, t. 1. Lima: ARA, 2006.
- Cobo del Rosal, Manuel y Manuel Quintanar Díez. *Instituciones de derecho penal español, parte general*. Madrid: Cesej, 2004.
- Cobo del Rosal, Manuel y Tomás Salvador Vives Antón. *Derecho penal, parte general*, 5.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- Courtis, Christian. “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”. En *Observar la ley, ensayos sobre metodología de la investigación dogmática*, editado por Christian Courtis, 105 y ss. Madrid: Trotta, 2006.
- Cuello Contreras, Joaquín. *El derecho penal español, parte general*, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid: Dykinson, 2002.
- Elbert, Carlos Alberto. *Manual básico de criminología*. Bogotá: Temis, 2005.
- Fernández Carrasquilla, Juan. “¿Cómo es posible una dogmática axiológica?”. En *Francesco Carrara, homenaje en el centenario de su muerte*, 147-170. Bogotá: Temis, 1988.
- . *Concepto y límites del derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Temis, 2014.
- Ferrater Mora, José. *Diccionario de filosofía*, tomos A/D y K/P (I y II). Barcelona: Ariel, 2015.

82 Una crisis que ya señalaba Posada Maya, “Algunas aproximaciones al derecho penal en América Latina”, 63, al afirmar que “En tal línea de análisis, mientras que los dogmáticos intentan convencer sobre el Derecho correcto con teorías jurídicas deductivo-conceptuales que hacen valer en las legislaciones, rechazando y descalificando muchas veces las soluciones de una jurisprudencia que se apegaba a cierta práctica legalista (formalista) del derecho; la jurisprudencia (sin duda, más cercana a la realidad metajurídica), rechaza tales construcciones e impone *ad hoc* sus criterios pragmáticos de justicia legal, por encima de las correcciones dogmáticas y político-criminales, atendiendo solamente a aquellas teorizaciones que justifican una forma de precomprensión eficaz del resultado jurídico, acorde con el pensamiento social. Situación que ha terminado por generar un abismo incomprensible entre la academia y la práctica, que evoluciona en un modelo de aplicación del derecho disfuncional que vacía los límites del *ius puniendi* del Estado”.

- Fiandaca, Giovanni y Enzo Musco. *Derecho penal, parte general*, 4.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Temis, 2006.
- Jakobs, Günther. *Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Jeschek, Hans Heinrich y Thomas Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, parte general*, 5.<sup>a</sup> ed., Berlín: Duncker & Humboldt, 1996. *Tratado de derecho penal, parte general*, traducido por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- Jiménez de Asúa, Luis. "Concepto del derecho penal y de la criminología, historia y legislación comparada". En *Tratado de derecho penal*, tomo 1. Buenos Aires: Losada, 1950.
- Jiménez Redondo, Manuel. "Estudio preliminar". En *Fundamentos del sistema penal*, 2.<sup>a</sup> ed., editado por Tomás Salvador Vives Antón, 51-120. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- García-Pablos de Molina, Antonio. *Derecho penal, introducción*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2000.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* Bogotá: Temis, 1983.
- . *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999.
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*, traducido por M. Rodríguez Molinero, 2.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Ariel, 2001.
- Larrauri, Elena. *Introducción a la criminología y el sistema penal*. Madrid: Trotta, 2015.
- Luzón Peña, Diego Manuel. *Derecho penal, parte general*, 3.<sup>a</sup> ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2016.
- Mantovani, Ferrando. *Diritto penale, parte generale*, 8.<sup>a</sup> ed. Milán: Cedam, 2013.
- Maurach, Reinhart y Heinz Zipf. "Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible". En *Derecho penal, parte general*, vol. 1. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2002.
- . *Derecho penal, parte general*, 10 ed. Barcelona: Reppertor, 2015.
- Molina Arrubla, Carlos Mario. *Introducción a la criminología*, 2.<sup>a</sup> ed. Medellín: Diké, 1994.
- Molina López, Ricardo. "El [des]ordenamiento jurídico penal colombiano". En AA. VV. *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje al Prof. Nodier Agudelo Betancur*, editado por Ricardo Posada Maya (dir.), 1356 y 1357. Bogotá: Ediciones Uniandes; Universidad Pontificia Bolivariana; Universidad Sergio Arboleda; Universidad EAFIT; Ibáñez, 2013.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho penal y control social, Monografías jurídicas n.º 98*. Bogotá: Temis, 1999.
- . *Introducción al derecho penal*. Montevideo, Buenos Aires: BdeF, 2001.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho penal, parte general*, 10 ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Astrea, 2013.
- Pérez Pinzón, Álvaro Orlando y Brenda Johana Pérez Castro. *Curso de criminología*, 8.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Temis, 2009.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Criminología*, 8.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Temis, 1987.
- Posada Maya, Ricardo. "Algunas aproximaciones al derecho penal en América Latina". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (2004): 55-71.

- Rocco, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis, 2009.
- Roxin, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2006. Traducción al castellano: *Derecho penal, parte general*, T. I, Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García de Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- Sánchez Zorrilla, Manuel. "La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho". *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (2011): 317-358.
- Schünemann, Bernd. "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", En *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, editado por Bernd Schünemann, 1-68. Berlín, Nueva York: De Gruyter, 1984.
- . "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal". En *El sistema moderno del derecho penal*, compilado por Bernd Schünemann, 1-78. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 1991.
- . "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal". En *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, compilado por José Cerezo Mir. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.
- . "El refinamiento de la dogmática jurídico penal ¿Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico-penal alemana". En *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del Milenio*, editado por Bernd Schünemann, 11-23. Madrid: Tecnos, 2002.
- . "Brennpunkte des Strafrechts in der entwickelten Industriegesellschaft". En *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, editado por Bernd Schünemann, 349-377. München: Carl Heymanss Verlag, 2005.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2.<sup>a</sup> ed. Montevideo, Buenos Aires: BdeF, 2010.
- Sivela, Luis. *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2.<sup>a</sup> ed., parte primera. Madrid: Ricardo Fe, 1903.
- Solano Vélez, Henri et al. *Temas de derecho penal, parte general*, n.º 15. Medellín: U. P. B, 2019.
- Sotomayor Acosta, Juan. "¿Derecho penal liberal o derecho penal crítico en Colombia?". En *Francesco Carrara, homenaje en el centenario de su muerte*, compilado por Nodier Agudelo Betancur, 255-272. Bogotá: Temis, 1988.
- Velásquez Velásquez, Fernando. *Fundamentos de derecho penal, parte general*, 2.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2018.
- Vives Antón, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*, 2.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Welzel, Hans. *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Montevideo, Buenos Aires: BdeF, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Política y dogmática jurídico-penal". En *En torno de la cuestión penal*, 71-96. Montevideo, Buenos Aires: BdeF, 2005.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Derecho penal, parte general*, 2.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl e Ílison Dias Dos Santos. *La nueva crítica criminológica, criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Bogotá: Ibáñez, 2019.

# **Experiencias y desafíos metodológicos del análisis económico del derecho: el caso de la tributación colombiana\***

Eleonora Lozano Rodríguez

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.478>

En un artículo que será publicado próximamente sostengo que “la sostenibilidad fiscal” es la materialización constitucional de un tenso diálogo, iniciado en los años noventa después de la Constitución de 1991, entre abogados y economistas. Durante esta época fueron varios los escenarios académicos en los que se discutió el impacto fiscal no solo de la normativa sino también de las sentencias de los jueces. Los economistas no entendían por qué los jueces terminaban “legislando” y “dictando política pública” en sus fallos, con altísimos costos para las finanzas públicas. Por su parte, los abogados argumentaban que la disciplina jurídica debía garantizar la protección de los derechos, sin focalizar la discusión en los aspectos económicos.

Por lo tanto, en el 2011, veinte años después, con el Acto Legislativo 3, surge la necesidad de encontrar un punto medio que logre una distensión en el debate, es decir, la consagración de la sostenibilidad fiscal, pero garantizando la efectiva protección de los derechos. En el documento analizo la evolución jurisprudencial y concluyo que

El diálogo se ha mejorado, pero quedan aún matices jurídicos por precisar, y ventajas o desventajas económicas por cuantificar. Con la muestra podría afirmarse que unas pocas veces ganó el derecho (indemnizaciones a negritudes y madres comunitarias) y en otras más la economía (seguridad social e impuestos). En general, el país ha ganado, pues la disputa entre dos disciplinas tan importantes para la regulación social no beneficia colectivamente a una sociedad<sup>1</sup>.

Más recientemente, con ocasión del análisis de constitucionalidad que realizó la Corte Constitucional de la mal denominada ley de

<sup>1</sup> Eleonora Lozano, *La eficacia y el impacto de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional de Colombia. El caso de la jurisprudencia constitucional tributaria* (Ciudad de México: Reuters, 2020).

financiamiento (Ley 1943 del 2019), esta alta corte solicitó a varias entidades gubernamentales, privadas y académicas un concepto técnico sobre el impacto en las finanzas públicas de una eventual inxequibilidad total o parcial de la ley<sup>2</sup>. Vuelve, entonces, nuevamente a verificarse el necesario acercamiento entre el derecho y la economía para lograr mejores sentencias, mejores normas y, en general, un mejor derecho.

Sin embargo, mi experiencia como fiel defensora del análisis económico del derecho no ha sido siempre tan optimista. En múltiples ocasiones he encontrado opositores de esta metodología de análisis, así como altos muros contruidos por abogados más tradicionales que poco les apuestan a las visiones interdisciplinarias del derecho. Este tipo de discusiones también han permeado el contexto académico al evaluar el éxito o no de la metodología<sup>3</sup>.

En la primera parte de este capítulo deseo retomar resumidamente los aspectos teóricos del análisis económico del derecho (en adelante AED), a partir del apartado teórico de mi autoría en *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho* (2016), y en la segunda, mostrar cómo he usado esta aproximación metodológica en mis investigaciones en el ámbito principal, pero no exclusivamente de la tributación en Colombia<sup>4</sup>. Finalmente, quisiera plantear algunas conclusiones y desafíos metodológicos para los aplicadores del AED en el campo tributario, en especial, y en otras áreas, en general.

## Retomando lo teórico

En el 2016 hice una revisión bibliográfica de lo que se había escrito, de manera general, sobre AED e intenté reseñar los aspectos teóricos claves para tener en cuenta. Así, inicié con la comprensión del necesario birrelacionamiento entre el derecho y la economía; exploré el concepto de análisis económico del derecho, sus perspectivas (tradicional, neoinstitucional, elección pública y crítica jurídica) y principales conceptos económicos utilizados, e identifiqué cuáles eran los conceptos mínimos económicos que

2 Dentro de estas se encontraban el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación, Fedesarrollo, y las facultades de economía de las universidades de Los Andes, Nacional, Icesi, Javeriana, Norte y La Sabana.

3 Andrés Roemer (compilador), *Derecho y economía: una revisión de la literatura* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000). Véanse especialmente los capítulos de Posner ("Usos y abusos de la teoría económica del derecho" y "La decadencia del derecho como disciplina autónoma") Brenner ("Economía: ¿Una ciencia imperialista"), Buchanan ("Buena economía-mal derecho") y Calabresi ("Reflexiones sobre el futuro de la teoría económica en la enseñanza del derecho").

4 Nótese que uso *tributación* y no *derecho tributario* por cuanto creo en el estudio interdisciplinar de los temas tributarios. Eleonora Lozano, "Enseñanza de la tributación", en *Lecciones de derecho tributario inspiradas en un maestro* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Universidad del Rosario, 2010).



deberían conocer los abogados para poder aplicar la metodología del AED. Retomo de manera resumida, a continuación, algunas de las principales conclusiones<sup>5</sup>:

1. El trasfondo social como punto de encuentro entre el derecho y la economía. Pese a que el derecho y la economía son dos disciplinas que aparentemente siguen lenguajes, conceptos y métodos completamente diferentes, existe un trasfondo social común que permea los objetivos de ambas áreas del conocimiento, al buscar la convivencia pacífica y digna, por una parte, y los recursos económicos para que esta se dé, por otra.
2. El AED se dificulta por las complejidades de los métodos usados por el derecho y la economía. El uso de técnicas como la economía matemática y la econometría por los economistas, y las múltiples herramientas jurídico-interpretativas de los abogados no hacen fácil la comprensión interdisciplinar de los fenómenos sociales.
3. El AED es útil para diferentes actores. El AED no solo es útil para el aplicador jurídico o intérprete, sino también para el diseñador de políticas públicas, en la creación de normativa en instancias legislativas o ejecutivas, y en la solución de conflictos, en sede administrativa, judicial o arbitral.
4. El AED debe permitir la asimilación simple del abogado de conceptos económicos, pero también del economista de aquellos jurídicos. La interrelación de los conceptos jurídicos y económicos se torna necesaria y, como muchos doctrinantes del AED lo han reconocido, dicha utilidad es en doble vía. En *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano*<sup>6</sup> se ahonda en las bases conceptuales de los discursos jurídicos y económicos, y se discurre sobre la necesaria “simplicidad” y “reduccionismo” que deben ser propias de este tipo aproximaciones interdisciplinarias, tornando útil el AED para la comprensión y mejora de fenómenos sociales.
5. El AED puede ser aplicado para instituciones jurídicas tanto del derecho privado como público, a regulaciones jurídicas de situaciones de mercado como de no mercado, y para las tradiciones jurídicas civilistas y del *common law*. Se ha demostrado la utilidad de los conceptos y herramientas de la economía para la comprensión de fenómenos jurídicos tanto en las áreas del derecho público como privado, a pesar de los limitados alcances redistributivos del derecho privado hoy desvirtuados con consagraciones constitucionales

5 Para ampliar estas conclusiones recomiendo leer el apartado teórico que escribí en Eleonora Lozano (coordinadora), *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2016).

6 Lozano, *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano*.

como, por ejemplo, la función social de la empresa. También es aplicable a situaciones típicas de mercado, como la tributación, y de no mercado, como el derecho penal. Finalmente, sería útil el AED para todas las tradiciones jurídicas y regiones, donde ya no existe la necesaria relación precedente vinculante y *common law*, en la medida en que más tradiciones civilistas lo han incorporado en diversas áreas de su jurisprudencia. Además, el AED ha sido utilizado no solo en los análisis eficientistas del precedente, como se demostrará más adelante.

6. El AED utiliza tanto el enfoque positivo como normativo. El AED busca no solo conocer descriptivamente los efectos económicos —pasados, presentes o futuros— de la normativa y medir su eficiencia (enfoque positivo), sino también evaluar un conjunto de alternativas de política y elegir la mejor para la búsqueda de buenos resultados sociales, ojalá verificable en una normativa (enfoque normativo).
7. La evolución del AED ha permitido explorar diferentes conceptos y aproximaciones interdisciplinarias a los fenómenos jurídicos. A partir de las perspectivas tradicional, neoinstitucional, elección pública y crítica jurídica es posible comprender realidades jurídicas a partir de conceptos económicos como, por ejemplo, la interacción de la oferta y la demanda en los mercados, la racionalidad, la maximización del interés económico, los monopolios y otras estructuras de mercado, los precios implícitos, los incentivos, los costos de transacción, el teorema de Coase, el riesgo moral y la teoría de agencia, la teoría de juegos, las instituciones, la paradoja de Arrow, las reglas de votación y el votante mediano (siguiendo los enfoques tradicional, neoinstitucional y de la elección pública), y otros provenientes de diferentes disciplinas como los problemas de gobernanza (neoinstitucionalismo) y los trasfondos ideológicos y antiformalistas (crítica jurídica).

Todo lo anterior lleva a lo que denominé la “redefinición del AED hacia el análisis interdisciplinar de la conducta humana”, donde en su comprensión tienen cabida múltiples disciplinas, además del derecho y la economía, como la ciencia política, la sociología, la psicología, entre otras.

8. El discurso jurídico funciona de manera diferente dependiendo de la tradición jurídica. Para explicarle el método y los principales conceptos del derecho a un no abogado resulta fundamental conocer la tradición jurídica a la que pertenece la jurisdicción a explicar, por lo que resultan fundamentales las técnicas del derecho comparado.

Para el caso colombiano resulta más fácil e idónea su explicación a partir de la tradición civilista a la que pertenecemos, el sistema de

fuentes contemplado constitucionalmente (a partir del artículo 230 de la C. P.) y su método de análisis, y el ordenamiento jurídico por áreas del derecho. Lo anterior sin desconocer los nuevos avances en favor del precedente judicial a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la consagración normativa de instrumentos normativos como las sentencias de unificación jurisprudencial y su posible extensión a terceros, últimos contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

9. El discurso económico explora transversalmente el concepto de la eficiencia, el cual resulta de difícil definición y suscita interesantes tensiones por su confrontación con la equidad. En el diseño de políticas públicas y la actuación judicial existe una constante tensión entre equidad y eficiencia, y así como el concepto *equidad o justicia* no ha sido de fácil definición para los abogados, mucho menos lo ha sido el de “eficiencia” para los economistas.

Emerge, por lo tanto, de la evolución del AED un concepto multidimensional de la eficiencia donde resulta importante, entre otros, tener en cuenta su faceta en el consumo y la producción, la “redistribución eficiente” propuesta por algunos, la “eficiencia adaptativa” del neoinstitucionalismo y, finalmente, los criterios de Pareto y Kaldor-Hicks.

10. Pese al uso de la econometría como método de análisis económico, no todos los economistas limitan sus estudios a esta técnica, por lo que deben existir “traductores” de sus resultados para los economistas no econometristas y para los abogados. Algunos economistas hacen uso de la econometría con el fin de medir el relacionamiento entre variables económicas a través de herramientas estadísticas. Sin embargo, no todos los economistas hacen econometría pues algunos se dedican, por ejemplo, al pensamiento o historia económicos, cuyo método es el razonamiento, y otros a la elaboración de modelos teóricos que parten de herramientas de abstracción y formulación de supuestos para comprender y explicar la realidad económica.

De la anterior diversidad metodológica, en la que además existen combinaciones de métodos (pensamiento con teóricos, teóricos con empírico, entre otros), emergen las dificultades para el abogado quien muy seguramente se siente más cómodo con el razonamiento propio de lo histórico que con el modelaje económico y la estimación econométrica. La razón de lo anterior estriba en la formación misma del abogado acostumbrado más al uso de la palabra y la argumentación, y menos a los métodos estadísticos.

De esta manera, para facilitar la labor al abogado es fundamental partir de lo conceptual, sin dejar de lado la rigurosidad investigativa,

e iniciar un entrenamiento a los abogados en herramientas estadísticas que les permitan “comprender e interpretar” los resultados econométricos o interactuar con buenos “traductores” de las complejidades matemáticas.

Además, lo “empírico” no es únicamente el uso de herramientas econométricas sofisticadas, en la medida en que el estudio de casos, las encuestas y las entrevistas pueden también dar un soporte formal a los trabajos del AED.

11. Tradicionalmente, el AED se ha concentrado en el uso de conceptos y herramientas microeconómicas, sin embargo, no debe desconocerse la importancia de aquellos macroeconómicos. Las diferentes perspectivas del AED usan conceptos microeconómicos, muchos de los cuales pertenecen a un área de la microeconomía denominada *economía del bienestar* que ha estudiado problemáticas relativas a la obtención del bienestar colectivo.

En *Teoría y puesta en práctica del análisis del derecho colombiano* exploro la fundamentación conceptual microeconómica básica sobre la elección económica; los mercados en competencia perfecta e imperfecta, y las instituciones, derechos de propiedad y costos de transacción. Sin embargo, insisto en que el AED debe preocuparse también por instrumentos macroeconómicos pues, en últimas, la actividad económica en general —que considera variables como la producción, los niveles de precios, las tasas de desempleo, entre otras— debe ser un objetivo al evaluar instituciones jurídicas, en especial, y políticas públicas, en general. Por lo anterior, ahondo en la cuantificación de las principales variables macroagregadas (producción, nivel de precios y desempleo), así como en los instrumentos de política económica que en últimas las afectan (políticas fiscales, monetaria, de precios y salarios, sobre el sector externo, entre otras)<sup>7</sup>.

## La concreción en lo aplicado

En *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano* otros autores mostraron aplicaciones concretas del AED en ámbitos jurídicos propios de los mercados, como por ejemplo, la tributación (la tributación indirecta y la regresividad, el arancel judicial y sus manifestaciones, los acuerdos anticipados de precios de transferencia y la tributación medioambiental) y el comercio exterior (la apertura económica y sus implicaciones), así como otros novedosos relacionados con el derecho

7 Lozano, *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano*.

societario (la toma de decisiones en grupos empresariales), los procedimientos arbitrales (las soluciones óptimas a controversias jurídicas de inversión extranjera), el derecho contractual (la oferta y aceptación), el derecho penal (las reformas al sistema penal colombiano y la detención preventiva) y la actividad judicial en general (el caso de los jueces de tierras), entre otros, en los que también este método de análisis tuvo opción de aplicación.

A continuación, quisiera mostrar algunas manifestaciones académicas en las que, como investigadora, los conceptos económicos y el AED, como aproximación metodológica, me han sido útiles para comprender aspectos controversiales de la tributación colombiana.

En el 2008, en un capítulo de mi autoría titulado “Concepción del rédito de enriquecimiento como hecho imponible del impuesto de renta: una perspectiva de derecho comparado”<sup>8</sup>, para entender las diferentes consagraciones del hecho imponible en el impuesto sobre la renta a nivel global fue muy importante el alcance económico del concepto *renta* en diferentes jurisdicciones. Descubrí que no solo en el contexto colombiano existe el rédito de enriquecimiento como forma de cálculo económico de la renta, el cual engloba todo ingreso que incremente el patrimonio, incluyendo tanto los periódicos como aquellos ocasionales. Comprendí que, por una parte, existe la teoría renta-producto, en la cual se suman todas las utilidades derivadas del capital; y, por otra, la teoría del informe Carter, que desarrolla el concepto de renta a partir de la “capacidad económica total o renta íntegra” y la “capacidad económica discrecional o renta gravable”.

También en el 2008, al abordar la hermenéutica tributaria<sup>9</sup> se reafirma la importancia de la comprensión interdisciplinar de los fenómenos tributarios en los que los conceptos comunes de la disciplina económica, salvo la definición en la normativa tributaria especial, son fundamentales para la interpretación jurídica. Es el caso, por ejemplo, de los diferentes métodos para la determinación de valores comparables en el régimen colombiano de precios de transferencia.

Este conocimiento me lleva a incluir, más adelante, en mi curso de Hermenéutica en el pregrado, un par de sesiones sobre la importancia de la interdisciplinariedad en la interpretación, pues, como disciplina social, el derecho debe escuchar e integrar conocimientos de múltiples otras disciplinas. Así, resulta imposible comprender, analizar, regular y proponer mejoras a los fenómenos sociales sin el diálogo interdisciplinar.

8 Eleonora Lozano, “Concepción del rédito de enriquecimiento como hecho imponible del impuesto de renta: una perspectiva de derecho comparado”, en *El impuesto sobre la renta en el derecho comparado. Reflexiones para Colombia* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2008).

9 Eleonora Lozano, “Hermenéutica tributaria”, en *Fundamentos de la tributación* (Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2008).

En el 2009, en el capítulo “En defensa de la descentralización territorial desde la perspectiva de las finanzas públicas”<sup>10</sup>, analizo la diferente literatura económica y jurídica que demuestra las ventajas y desventajas de los esquemas de descentralización territorial. Del estudio se resalta la importancia de la necesaria complementariedad entre las perspectivas anteriores. Desde lo económico resalto, dentro de otros asuntos, la importancia del diseño óptimo de esquemas de transferencias financieras interniveles para dotar de recursos a los territorios y poder realizar una adecuada repartición funcional entre el “centro” y lo “local”, así como solucionar la disparidad económica, y por ende contributiva, entre las diferentes entidades territoriales. También destaco el posible efecto económico indeseado del “papel matamoscas” que consiste en que otorgada la subvención o transferencia se genere mayor gasto público sin un aumento equivalente en la renta local.

En el mismo año, en el artículo “Principio de progresividad a partir del ordenamiento jurídico español: ¿Es en realidad un tema difícil?”<sup>11</sup>, para comprender un principio de naturaleza jurídica como el de progresividad resulta esencial comprender aspectos económicos del crecimiento de las tarifas de los impuestos. Para tal fin retomo la ecuación matemática de Blum y Kalven para estimar la elasticidad de recaudación respecto de la base, y la analizo desde la consagración constitucional del principio de progresividad en el derecho español, italiano y colombiano. También, en ese año, en “Tributación de la micro, pequeña y mediana empresa”, con herramientas económicas, realicé una primera aproximación al impacto de recientes medidas tributarias de aquel entonces en la tributación de las mipymes en nuestro país. Después de varios análisis sobre esta temática realicé en un artículo publicado en la *Revista de Derecho Privado* y otro en la editorial argentina La Ley, en los que ahondé más en los regímenes simplificados (2014 y 2015).

En mi tesis doctoral “Arbitraje internacional en materia tributaria: una propuesta para los países latinoamericanos”<sup>12</sup>, uno de los principales argumentos esbozados para la implementación de este mecanismo alternativo de resolución de controversias tributarias fue precisamente la generación de beneficios económicos de contar con procedimientos costo-eficientes para la tutela judicial efectiva de los derechos de los contribuyentes.

En el 2010, tres publicaciones transversalmente tocaron aspectos económicos desde la perspectiva jurídica. Por una parte, al explorar la

10 Eleonora Lozano, “En defensa de la descentralización territorial desde la perspectiva de las finanzas públicas”, en *Manual de derecho administrativo*, coordinado por Helena Alviar García (Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2009).

11 Eleonora Lozano, “Principio de progresividad a partir del ordenamiento jurídico español: ¿Es en realidad un tema difícil?”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario* 46, n.º 60 (2009): 99-126.

12 Eleonora Lozano, *Arbitraje internacional en materia tributaria: una propuesta para los países latinoamericanos* (Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2009).

enseñanza de la tributación resalté la interdisciplinariedad de esta área del conocimiento que genera dificultades pedagógicas, pero también campos muy enriquecedores para la investigación. En la relatoría colombiana del Congreso de la International Fiscal Association en Roma, titulada “Death as a taxable event and its international ramifications”<sup>13</sup>, junto con Fabio Londoño, exploramos los argumentos económicos que abogan por la eliminación o mitigación de los efectos de los gravámenes a las sucesiones a nivel comparado. Finalmente, en este año, inicio la comprensión de los tan cuestionados beneficios tributarios o “gasto tributario”, siguiendo la terminología de los economistas, en el artículo “Renta líquida y aspectos generales de las deducciones”<sup>14</sup>, en el que vuelve a ser fundamental el concepto de *renta* y su relación económica proporcional y causal con las deducciones procedentes.

Este último tema, el de los beneficios tributarios, lo exploro nuevamente en los años 2015 y 2019. Es así como en el 2015 analizo en “Research and development taxation”<sup>15</sup> los beneficios tributarios especiales para la investigación y desarrollo que son deseables desde la perspectiva económica, pero de muy difícil aplicación en Colombia dados los múltiples requisitos exigidos normativamente, que generan altos costos de transacción en su utilización. En el 2019 retomo el tema para analizar de manera particular la deducción de intereses financieros y sus límites mediante análisis económicos y jurídicos de las reglas de subcapitalización. Además, en este año, en un capítulo en proceso de publicación titulado “Tax incentives in Pacific Alliance Countries, the BEPS Project and the 2030 Sustainable Development Agenda”<sup>16</sup>, realizo un ejercicio de derecho comparado intentando vislumbrar los argumentos económicos a favor y en contra de los incentivos tributarios en los países de la Alianza Pacífico, así como la satisfacción de estos de los objetivos consagrados en el proyecto “Base erosion and profit shifting” de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y metas de la Agenda de Desarrollo Sostenible 2030.

Durante el 2011 exploro el “El régimen económico constitucional: confluencia del derecho, la economía y las ciencias políticas”<sup>17</sup>, artículo en el que resalto la importancia del conocimiento micro y macroeconómico

13 Eleonora Lozano y Fabio Londoño, “Death as a taxable event and its international ramifications”, en *Cahiers de droit fiscal international*, Eleonora Lozano Rodríguez y Fabio Londoño Gutiérrez. Rome Congress. International Fiscal Association. The Netherlands, 2010.

14 Eleonora Lozano, “Renta líquida y aspectos generales de las deducciones”, en *Manual en derecho tributario internacional* (Bogotá: Temis, 2010).

15 Eleonora Lozano, “Research and development taxation”, *Cahiers de Droit Fiscal International* 100, n.º 2 (2015): 231-258.

16 Eleonora Lozano, “Tax incentives in Pacific Alliance Countries, the BEPS Project and the 2030 Sustainable Development Agenda”, en *Tax and development* (Suiza: Springer, en proceso de publicación, 2019).

17 Eleonora Lozano, “El régimen económico constitucional: confluencia del derecho, la economía y las ciencias políticas”, en *Manual de constitución y democracia. Tomo II*, coordinado por Henrik López Sterup (Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2011).



de los abogados para comprender su regulación constitucional. Sobre este tema volví en el año 2015 con los capítulos “Constitución y economía”<sup>18</sup> y “Bases constitucionales para la financiación de los servicios públicos esenciales en Colombia”<sup>19</sup>. También, junto con Marcel Hofstetter, escribimos “Tributación y pensamiento económico”<sup>20</sup>, donde, leyendo a los economistas clásicos y contemporáneos, determinamos las principales tensiones presentes en sus debates tributarios.

Asimismo, en el 2011 inicio una línea de investigación con la cual, mediante herramientas cuantitativas y cualitativas del análisis económico del derecho, defino las principales grandes temáticas tributarias discutidas en la Sesión Cuarta del Consejo de Estado y las tendencias decisorias de esta corporación. En este escrito planteo la necesaria implementación en Colombia del “precedente jurisprudencial multidimensional” (de obligatorio seguimiento para la rama ejecutiva, legislativa y judicial) para lograr equidad, seguridad jurídica, legitimidad en el actuar de los jueces y eficiencia, siguiendo los planteamientos de Posner. Este trabajo inicial se materializa en el libro *Justicia tributaria (jurisprudencia tributaria del Consejo de Estado, 2005-2016)*<sup>21</sup>, obra en la que extendiendo, mediante análisis cualitativos y cuantitativos, las anteriores líneas jurisprudenciales hasta el año 2016. Algunos de los hallazgos encontrados fueron propuestos en el 2017 al Gobierno nacional para la elaboración del Plan Decenal del Sistema de Justicia en el documento “Perspectivas y retos de la justicia tributaria en Colombia”<sup>22</sup>.

También, en los años 2017 y 2019, hice análisis jurisprudenciales y sus tendencias más particulares en los escritos “Las deducciones en el impuesto sobre la renta, en general, y la improcedencia de la deducción por compra y renting de software, en particular”<sup>23</sup> y “La consolidación de la obligación tributaria a partir del pago en exceso y de lo no debido”<sup>24</sup>, siempre teniendo en mente el seguimiento o no del precedente jurisprudencial.

18 Eleonora Lozano, “Constitución y economía”, en *Manual de constitución y democracia* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015).

19 Eleonora Lozano, “Bases constitucionales para la financiación de los servicios públicos esenciales en Colombia”, en *Memorias Suprema Corte de Justicia* (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia, 2015).

20 Eleonora Lozano y Marcel Hofstetter, “Tributación y pensamiento económico”, en *Obra colectiva en homenaje a Andrea Amatucci, “Del derecho financiero al derecho tributario”* (Bogotá: Temis, 2011).

21 Eleonora Lozano, *Justicia tributaria (jurisprudencia tributaria del Consejo de Estado, 2005-2016)* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2017).

22 Eleonora Lozano et al., *Perspectivas y retos de la justicia tributaria en Colombia. Propuesta para el Plan Decenal del Sistema de Justicia* (Bogotá: Ministerio de Justicia, 2017).

23 Eleonora Lozano, “Las deducciones en el impuesto sobre la renta, en general, y la improcedencia de la deducción por compra y renting de software, en particular”, en *Estudios críticos de jurisprudencia tributaria y aduanera. Tomo VIII* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario; Instituto Colombiano de Derecho Aduanero, 2019).

24 Eleonora Lozano y Santiago Gómez, “La consolidación de la obligación tributaria a partir del pago en exceso y de lo no debido”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario* 54, n.º 76 (2017): 67-86.



En el 2013, y continuando con los resultados del análisis económico jurisprudencial, cuando, con ocasión de los veinte años de la Constitución política de 1991, propongo el escrito “La necesidad de la consagración constitucional del precedente vinculante para los poderes judicial, ejecutivo y legislativo”<sup>25</sup>, en el que, como su nombre lo indica, resulta fundamental la modificación de nuestra constitución al definir las fuentes formales de interpretación y aplicación del derecho por parte de nuestros jueces consagradas en el artículo 230 de la Constitución política. Finalmente, en ese año, escribí “Fundamentos de la tributación colombiana”<sup>26</sup> para no abogados con el fin de socializar información económico-jurídica a profesionales de otras disciplinas.

Durante el 2014 inicié un nuevo camino investigativo, junto con Daniela Tamayo, explorando la relación entre la ética y la tributación donde evaluamos modelos tradicionales del análisis económico del derecho tributario como el de Allingham y Sandmo<sup>27</sup>. Allí abordamos cómo la evasión tributaria depende inversamente de la fiscalización de la administración tributaria, demostrando que esta aproximación es insuficiente al sugerir la exploración de otras variables para comprender el cumplimiento tributario de los contribuyentes y las tensiones éticas presentes en la asesoría tributaria. También en el 2015, en “El *status questionis* de la tributación internacional”<sup>28</sup> exploro la necesidad internacional de la construcción de una ética transnacional para combatir la aminoración de las bases gravables y, por ende, del recaudo económico mundial, por las planeaciones tributarias agresivas de las empresas multinacionales. Más adelante, en el 2016, y yendo más allá en cuanto a los actores que tienen que ver con la relación ética y tributación, analizamos la “Gestión de la ética en la administración tributaria colombiana”<sup>29</sup>.

En el 2015, junto con Andrés Ramírez, analizamos, a partir de la metodología económica de Romer y Romer<sup>30</sup> la ineficacia de las normas

25 Eleonora Lozano, “La necesidad de la consagración constitucional del precedente vinculante para los poderes judicial, ejecutivo y legislativo”, en *20 años de la Constitución Política* (Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2013).

26 Eleonora Lozano, “Fundamentos de la tributación colombiana”, en *Fundamentos de derechos de los negocios para no abogados*, coordinado por Marcela Castro de Cifuentes (Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2013).

27 Michael Allingham y Agnar Sandmo. “Income tax evasion: A theoretical analysis”. *Journal of Public Economics*, n.º 1 (1972): 323-328.

28 Eleonora Lozano, “El *status questionis* de la tributación internacional”, en *II Jornadas Internacionales de Derecho Tributario* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Universidad de los Andes, 2015).

29 Eleonora Lozano y Daniela Tamayo, “Gestión de la ética en la administración tributaria colombiana”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 55 (2016): 1-35.

30 Christina Romer y David Romer, “The macroeconomic effects of tax changes: Estimates based on a new measure of fiscal shocks”. *American Economic Review* n.º 100 (2010): 763-801.

tributarias y sus posibles causas para el periodo 1989-2015 en el artículo “Eficacia normativa en materia tributaria”<sup>31</sup>.

En este año doy inicio también a dos líneas de investigación transversales en mi producción académica. Por una parte, (1) las perspectivas jurídicas para la paz colombiana teniendo en cuenta consideraciones económicas pro igualdad, y por otra, (2) el interesante campo de análisis económico del derecho de la regulación económica, último explorado para el sector transporte y para la defensa jurídica del Estado.

En cuanto a la primera, se demuestra cómo la política macroeconómica, y más concretamente la fiscal, es la herramienta para que las condiciones de desigualdad económica que dieron lugar al conflicto no vuelvan a surgir, y, de esa manera, deben realizarse ajustes desde el derecho —por ejemplo, reformas tributarias justas y eficientes— para lograrlo (continúo estos análisis también en el 2016, 2018 y 2019, en un caso aplicado para el municipio del El Calvario-Meta<sup>32</sup>). Actualmente, desarrollo un proyecto de investigación interdisciplinar conjunto con las facultades de Economía y Administración de la Universidad de los Andes, donde extendemos estos estudios a otros municipios afectados por la violencia y esperamos realizar propuestas concretas de política pública hacendística territorial para la adecuada consecución de recursos.

En la segunda línea se usan herramientas microeconómicas para comprender el mercado del transporte en Colombia y se proponen tipos de regulaciones de agencias de regulación independientes y autónomas; y para la reciente, en aquel entonces, Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado, se realizan análisis de economía institucional para propender por la reducción del pasivo contingente por sentencias, conciliaciones y laudos arbitrales.

En el 2018 y 2019 extiendo mis análisis jurisprudenciales y sus tendencias a la Corte Constitucional en los capítulos “Las tensiones transversales del análisis jurisprudencial tributario constitucional y el tributo al alumbrado público”<sup>33</sup> y “La eficacia y el impacto de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional de Colombia. El caso de la jurisprudencia constitucional tributaria”<sup>34</sup>, demostrando en la mayoría de los fallos tributarios elegidos la ineficacia a la hora de garantizar los derechos de los

31 Eleonora Lozano y Andrés Ramírez, “Eficacia normativa en materia tributaria”. *Revista de Derecho Público*, n.º 73 (2015): 365-388.

32 Eleonora Lozano y Daniela Garzón, “Retos para la financiación del posconflicto en Colombia: Lecciones del caso del municipio de El Calvario”. *Revista Latinoamericana de Derecho-Latin American Law Review*, n.º 3 (2019): 135-160.

33 Eleonora Lozano, “Las tensiones transversales del análisis jurisprudencial tributario constitucional y el tributo al alumbrado público”, en *Estudios críticos de jurisprudencia tributaria y aduanera. Tomo vii* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario; Instituto Colombiano de Derecho Aduanero, 2018).

34 Lozano, *La eficacia y el impacto*.

contribuyentes y la teoría general del tributo, y proponiendo el mencionado “precedente jurisprudencial multidimensional”.

Para terminar, revitalizo la necesidad del análisis no solo microeconómico del derecho sino también macroeconómico. Para tal fin, junto con Carlos Francisco Soler-Peña, estamos en proceso de publicación del artículo “Una aproximación al análisis macroeconómico del derecho: las condiciones de existencia del mercado”<sup>35</sup>, en el que usamos el modelo de crecimiento económico propuesto por Solow-Swan y analizamos si la Ley 1943 del 2018 produciría o no crecimiento económico.

Retomo, por lo tanto, las palabras que recientemente pronuncié en Coloquio del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes, en el que actué como comentarista del nuevo libro del profesor Yair Listokin, *Law and macroeconomics*<sup>36</sup>, y que me llevan a lo que planteé al inicio de este capítulo:

Voy a dar a continuación dos ejemplos de por qué las enseñanzas de su libro son muy útiles para Colombia. El primero. Precisamente sobre esta última norma tributaria, recientemente la Corte Constitucional colombiana, al analizar unos vicios de forma en su trámite, solicitó a diferentes instituciones académicas que en un término breve estimaran cuánto impactaría macroeconómicamente la declaratoria de su inconstitucionalidad. Algunos contestaron, otros no. Esto es un claro ejemplo de la necesidad de que los abogados entendamos el impacto macroeconómico de las normas y también de las sentencias. De ahí que su idea de contar con una Office of Fiscal and Regulatory Affairs que cuantifique los impactos macroeconómicos de las decisiones de los reguladores y de los jueces es trascendental.

Otro ejemplo de la utilidad del análisis macroeconómico del derecho es la consagración constitucional de la sostenibilidad fiscal que ha mejorado el diálogo entre abogados y economistas. En general, considero que el país ha ganado, pues un mal diálogo entre estas dos disciplinas tan importantes para la regulación social no genera réditos colectivos.

Por todo lo anterior, la siguiente conclusión de su libro en el apartado “Teach Lawyers Macroeconomics” es muy importante para nuestras economías. La cito: “[...] we can teach macroeconomics to lawyers and others whose backgrounds make them ripe for political careers, such as masters of business administration students. They, too, are primarily focused in microeconomics. Lawyers and others considering political careers need not be macro experts; they just need to realize the urgency of stimulus during prolonged recessions” (p. 113).

35 Eleonora Lozano y Carlos Francisco Soler-Peña, “Una aproximación al análisis macroeconómico del derecho: las condiciones de existencia del mercado”. En proceso de publicación.

36 Yair Listokin, *Law and macroeconomics* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2019).

Solamente extendería esta conclusión a la labor de nuestros jueces, sin olvidar, obviamente, el núcleo esencial de los derechos como lo establece nuestra Constitución. Balance perfecto.

## Conclusiones y desafíos

Los anteriores acápites demuestran una hipótesis casi obvia: el ámbito tributario es uno natural “de mercado” donde cabe el uso de conceptos y herramientas económicas para aproximarse y comprender los fenómenos jurídicos. Así, presenté múltiples ejemplos de materialización de instrumentos teóricos económicos en diversas temáticas jurídico-tributarias. No podemos desconocer, sin embargo, que la hermenéutica tributaria, es decir, la interpretación y aplicación de las normas que regulan los tributos y sus procedimientos, son también esenciales para analizar el comportamiento económico de los agentes en los mercados. Abogo, entonces, nuevamente por el necesario diálogo bidireccional entre abogados y economistas.

Pese a los ejemplos anteriores de concreción teórica en lo aplicado, quedan aún muchas zonas por explorar en la investigación jurídico-tributaria. Es así como, por ejemplo, recientemente las obras de Piketty<sup>37</sup> y de Sáez y Zucman<sup>38</sup> nos llevan a reflexionar sobre las inequidades en los sistemas tributarios a nivel global. Estos planteamientos no son novedosos pues economistas como A. Smith, D. Ricardo, J. M. Keynes, R. A. Musgrave y P. B. Musgrave, J. Stiglitz, C. E. McLure, Jr., G. R. Zodrow, A. J. Auerbach, N. Warren y N. Brooks han reconocido de tiempo atrás los efectos redistributivos de la tributación y sus dificultades<sup>39</sup>.

Sin embargo, las estimaciones cuantitativas de Piketty y de Sáez y Zucman nos permiten ver con mayor claridad estos fenómenos y la necesidad global de diseñar políticas fiscales redistributivas. Piketty realiza mediciones internacionales de la inequidad en la distribución de los ingresos laborales, la propiedad del capital, los patrimonios y las herencias, y evalúa cómo a través de los impuestos puede realizarse una redistribución justa y eficaz. Concretamente centra sus propuestas en la reformulación del impuesto progresivo sobre los ingresos, así como en el establecimiento de un impuesto mundial sobre el capital (2013 y 2015).

Por su parte, Sáez y Zucman recientemente publicaron un libro titulado *The triumph of injustice. How the rich dodge taxes and how to make them*

37 Thomas Piketty, *Le capital au  $xx^e$  siècle* (París: Éditions du Seuil, 2013); Thomas Piketty, *L'économie des inégalités* (París: Éditions La Découverte, 2015).

38 Emmanuel Sáez y Gabriel Zucman, *The triumph of injustice. How the rich dodge taxes and how to make them pay* (Nueva York: W. W. Norton & Company, 2019).

39 Lozano y Hofstetter, “Tributación y pensamiento económico”.

*pay*<sup>40</sup>, en el que concluyen que, gracias a la competencia tributaria global, la elusión tributaria y a la ostensible disminución de impuestos en Estados Unidos promovida por el gobierno de Donald Trump, “los multimillonarios han pagado menos impuestos que los trabajadores del acero, los maestros de escuela y los jubilados”. Por lo anterior, los autores proponen desarrollar nuevas instituciones fiscales y formas de cooperación para lograr una “justicia fiscal global”<sup>41</sup> (pp. xi y xii). Proponen concretamente:

Nuestra reforma propuesta financia la atención médica y la educación para todos (desde la primera infancia hasta la universidad) y elimina los impuestos de venta regresivos y arcaicos (pero mantiene los impuestos específicos, que recaen principalmente sobre la gasolina, el alcohol y el tabaco). Esta reforma está financiada por impuestos adicionales sobre los ricos (impuestos progresivos sobre la riqueza, impuestos sobre la renta más progresivos e impuestos mejorados sobre las corporaciones) y un impuesto nacional sobre la renta, más justo y amplio que un IVA<sup>42</sup>.

En nuestro contexto no tenemos cifras que demuestren la disparidad contributiva y mucho menos recomendaciones serias para mitigarla. De esta manera, sería útil conocer, por ejemplo, cuáles son los contribuyentes favorecidos en Colombia de los múltiples beneficios fiscales existentes a nivel tanto nacional como subnacional, con el consecuente gasto tributario estimado, así como sus niveles de ingresos y patrimonio. También quiénes se están beneficiando de las condonaciones de sanciones e intereses por deudas tributarias por concepto de conciliaciones y terminaciones de mutuo acuerdo, así como de las inequitativas prebendas de las mal denominadas *normalizaciones tributarias* (mejor “amnistías disfrazadas”), todas estas contempladas de manera temporal y constante en las últimas reformas tributarias.

Recientemente, junto con Paola Henry Manrique, en un documento de trabajo para el Friedrich Ebert Stiftung en Colombia (Fescol) analizamos el estado actual de la información tributaria, su reserva y el derecho a su acceso en Colombia, a partir de un estudio de la normativa vigente, las tendencias jurisprudenciales y el derecho comparado<sup>43</sup>.

Para tal fin, retomamos el reciente caso mexicano en el que el Centro de Análisis e Investigación Mexicano Fundar logró, tras cuatro años de litigio, que el Servicio de Administración Tributaria (en adelante SAT) le entregara “parcialmente” una información tributaria. Lo anterior por

40 Sáez y Zucman, *The triumph of injustice*.

41 Sáez y Zucman, *The triumph of injustice*, xi-xii.

42 Sáez y Zucman, *The triumph of injustice*, 191.

43 Eleonora Lozano y Paola Henry Manrique, *La información tributaria y el derecho a su acceso* (Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung, 2020).

cuanto aún existen 201 contribuyentes que presentaron amparos para que la información, relacionada con condonaciones de impuestos que el Estado mexicano había realizado a 7885 personas naturales para el periodo 2007-2015, no fuera revelada<sup>44</sup>. Sorprende no solo la suma condonada (274 000 millones de pesos mexicanos), sino que una cuarta parte de estos recursos favorecieron solo a diez contribuyentes. Esta información fue entregada en cumplimiento de la Sentencia 191 del 2016 proferida por el Juzgado Octavo de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México, que ordenó SAT cumplir con la Resolución RDA 5354 del 2015 del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) que consagraba la entrega a Fundar de la información sobre los contribuyentes que recibieron condonaciones y cancelaciones de impuestos y otros créditos fiscales en el periodo 2007-2015.

Para Fundar:

En cualquier país que se precie de ser democrático, el pueblo tiene el derecho a conocer la actuación de todas las autoridades. Hasta el día de hoy, ese derecho le había sido negado a la sociedad mexicana de forma sistemática. La información publicada hoy es el resultado de más de cuatro años de litigio estratégico, y se entrega después de haber utilizado todos los medios institucionales a nuestro alcance con la firme convicción de que aporta información clave sobre una de las áreas menos conocidas de la actuación del Estado mexicano; y resulta fundamental como una mirada a la forma en que se recaudan los impuestos en México y de quiénes se han beneficiado históricamente de privilegios fiscales en México. Esto representa un paso más a favor de la transparencia y la rendición de cuentas en nuestro país y esperamos sea información que abra la *discusión pública sobre los privilegios del sistema fiscal mexicano para unos cuantos, en perjuicio de millones de personas*<sup>45</sup>. [Cursivas fuera de texto]

¿Qué pasaría en Colombia si esta información fuera solicitada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)? Este es uno de los retos y desafíos del análisis económico del derecho tributario; es decir, contar con información veraz para poder realizar políticas fiscales redistributivas en nuestro país.

Otro de los retos sería evaluar y medir los mensajes contradictorios a los contribuyentes en las últimas reformas tributarias que han consagrado y “aparentemente” fortalecido, desde lo normativo, diferentes instrumentos de control a la evasión y elusión fiscal (véanse las leyes 1819 del 2016, 1607 del 2012 y 1943 del 2018).

44 “Privilegios fiscales. Beneficios inexplicables para unos cuantos”, Centro de Análisis e Investigación Fundar, 1.º de octubre, 2019. <https://fundar.org.mx/fundar-publica-perdones-fiscales-calderon-epn/>

45 “Privilegios fiscales. Beneficios inexplicables para unos cuantos”.

De esta manera, la Ley 1819 del 2016 introdujo mayores controles al régimen tributario de las entidades sin ánimo de lucro, estableció un nuevo régimen de entidades controladas del exterior, reguló desde lo tributario los pagos en efectivo, modificó la débil cláusula general antiabuso creada en la Ley 1607 del 2012, endureció la pena del delito de omisión del agente retenedor y creó un tipo penal de omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes, esto último que podía extinguirse si se corregía la declaración y se pagaban las obligaciones tributarias.

Por su parte, la Ley 1943 del 2018 incluyó también varias medidas antiabuso, especialmente en el impuesto sobre la renta (determinación de la renta bruta en la enajenación de activos, ventas indirectas, regla de subcapitalización, procedencia de impuestos descontables y costos o gastos deducibles con factura electrónica, entre otras), y estableció la responsabilidad solidaria con el contribuyente para el pago del tributo cuando las personas “hayan sido parte” en negocios con propósitos de evasión o de abuso o cuando “custodien, administren o de cualquier manera gestionen” activos o vehículos utilizados por sus partícipes con propósitos de evasión o abuso. Esta norma modificó, asimismo, el delito de omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes, endureciéndolo, al determinar unos rangos donde no es posible extinguir la acción penal (cuando el mayor impuesto a cargo era superior a 8500 SMLMV), y creó el delito de defraudación o evasión tributaria con su posible extinción en igual rango.

Finalmente, la recientemente aprobada Ley 2010 del 2019, además de ratificar algunas de las normas señaladas, modifica sustancialmente los delitos de omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes y de defraudación tributaria. Además de extenderlos al impuesto complementario de ganancias ocasionales, elimina las sanciones administrativas antes previstas, dejando únicamente aquellas de privación de la libertad, donde para extinguirlas únicamente es factible hacerlo si el contribuyente corrige “dentro del término previsto en el Estatuto Tributario”.

Así, por una parte, se invita al cumplimiento tributario vía sanción o penalización (típico análisis económico del derecho tradicional), y por otra, se introducen “amnistías tributarias temporales” como es el caso de las conciliaciones y terminaciones por mutuo acuerdo, que a corto plazo pueden incentivar un mayor recaudo, pero a largo plazo atentan contra la cultura tributaria, la equidad y la eficiencia recaudatoria<sup>46</sup>. Para ahondar más en la problemática, las últimas reformas han contemplado normalizaciones tributarias con cómodas tarifas para aquellos contribuyentes que han omitido activos, declarado pasivos inexistentes o valorado activos por debajo de los montos comerciales.

46 C. Const., Sent. C-551, ago. 26/15. M. P. Mauricio González Cuervo.

¿Podremos cuantificar hacia el futuro la eficacia de todos los anteriores instrumentos antiabuso? ¿Cuánto ha recaudado de más el Gobierno por estas medidas? ¿Cuánto ha dejado de recaudar por las amnistías tributarias? ¿En qué proporción se ha minado la cultura tributaria? Deberíamos lograr obtener, como lo hacen Piketty y Sáez y Zucman<sup>47</sup>, información tributaria oportuna y vigente para analizarla con herramientas económicas y proponer, desde el derecho, una normativa realmente equitativa y progresiva.

Este capítulo se centró en el ámbito tributario. Sin embargo, revitaliza la importancia y necesidad de la investigación interdisciplinar en otras áreas, donde lo tributario —relatado aquí— puede servir de ejemplo. Esta comprensión interdisciplinar, al menos en lo fiscal, conllevaría a mejores políticas públicas económicas y a un mejor derecho.

## Bibliografía

- Allingham, Michael y Agnar Sandmo. "Income tax evasion: A theoretical analysis". *Journal of Public Economics*, n.º 1 (1972): 323-328.
- Listokin, Yair. *Law and macroeconomics*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2019.
- Lozano, Eleonora. "Concepción del rédito de enriquecimiento como hecho imponible del impuesto de renta: una perspectiva de derecho comparado". En *El impuesto sobre la renta en el derecho comparado. Reflexiones para Colombia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2008.
- . "Hermenéutica tributaria". En *Fundamentos de la tributación*. Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2008.
- . "En defensa de la descentralización territorial desde la perspectiva de las finanzas públicas". En *Manual de derecho administrativo*, coordinado por Helena Alviar García. Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2009.
- . "Principio de progresividad a partir del ordenamiento jurídico español: ¿Es en realidad un tema difícil?". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario* 46, n.º 60 (2009): 99-126.
- . *Arbitraje internacional en materia tributaria: una propuesta para los países latinoamericanos*. Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2009.
- . "Enseñanza de la tributación". En *Lecciones de derecho tributario inspiradas en un maestro*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Universidad del Rosario, 2010.

47 Algunas estimaciones de Sáez y Zucman son: parte del ingreso nacional ganado por el top 1% vs. bottom 50%; promedio de tarifas de impuestos por grupos de ingreso; promedio de tarifa de impuestos del 50% más bajo de la población según ingresos vs. 400 americanos más ricos; impuestos evadidos como porcentaje de impuestos debidos por grupos de ingresos antes de impuestos; porcentaje de utilidades extranjeras, capital y salarios de las multinacionales estadounidenses en paraísos fiscales; porcentajes de las utilidades globales generadas por firmas fuera del país donde tienen su sede; entre otras.



- . “Renta líquida y aspectos generales de las deducciones”. En *Manual de derecho tributario internacional*. Bogotá: Temis, 2010.
- . “El régimen económico constitucional: confluencia del derecho, la economía y las ciencias políticas”. En *Manual de constitución y democracia. Tomo II*, coordinado por Henrik López Sterup. Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2011.
- . “La necesidad de la consagración constitucional del precedente vinculante para los poderes judicial, ejecutivo y legislativo”. En *20 años de la Constitución Política*. Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2013.
- . “Fundamentos de la tributación colombiana”. En *Fundamentos de derechos de los negocios para no abogados*, coordinado por Marcela Castro de Cifuentes. Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2013.
- . “Constitución y economía”. En *Manual de constitución y democracia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015.
- . “Research and development taxation”. *Cahiers de Droit Fiscal International* 100, n.º 2 (2015): 231-258.
- . “El *status questionis* de la tributación internacional”. En *11 Jornadas Internacionales de Derecho Tributario*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Universidad de los Andes, 2015.
- . “Bases constitucionales para la financiación de los servicios públicos esenciales en Colombia”. En *Memorias Suprema Corte de Justicia*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia, 2015.
- coord. *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2016.
- . *Justicia tributaria (jurisprudencia tributaria del Consejo de Estado, 2005-2016)*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2017.
- . “Las tensiones transversales del análisis jurisprudencial tributario constitucional y el tributo al alumbrado público”. En *Estudios críticos de jurisprudencia tributaria y aduanera. Tomo VII*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario; Instituto Colombiano de Derecho Aduanero, 2018.
- . “Las deducciones en el impuesto sobre la renta, en general, y la improcedencia de la deducción por compra y renting de software, en particular”. En *Estudios críticos de jurisprudencia tributaria y aduanera. Tomo VIII*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario; Instituto Colombiano de Derecho Aduanero, 2019.
- . “Tax incentives in Pacific Alliance Countries, the BEPS Project and the 2030 Sustainable Development Agenda”. En *Tax and development*. Suiza: Springer, en proceso de publicación, 2019.
- . *La eficacia y el impacto de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional de Colombia. El caso de la jurisprudencia constitucional tributaria*. Ciudad de México: Reuters, 2020.
- Lozano, Eleonora y Andrés Ramírez. “Eficacia normativa en materia tributaria”. *Revista de Derecho Público*, n.º 73 (2015): 365-388.
- Lozano, Eleonora y Carlos Francisco Soler-Peña. “Una aproximación al análisis macroeconómico del derecho: las condiciones de existencia del mercado”. En proceso de publicación.
- Lozano, Eleonora y Daniela Garzón. “Retos para la financiación del posconflicto en Colombia: Lecciones del caso del municipio de El Calvario”. *Revista Latinoamericana de Derecho-Latin American Law Review*, n.º 3 (2019): 135-160.

- Lozano, Eleonora y Daniela Tamayo. "Gestión de la ética en la administración tributaria colombiana". *Revista de Derecho Privado*, n.º 55 (2016): 1-35.
- Lozano, Eleonora y Fabio Londoño. "Death as a taxable event and its international ramifications". En *Cahiers de droit fiscal international*, Eleonora Lozano Rodríguez y Fabio Londoño Gutiérrez. . Rome Congress. International Fiscal Association. The Netherlands, 2010.
- Lozano, Eleonora y Marcel Hofstetter. "Tributación y pensamiento económico". En *Obra colectiva en homenaje a Andrea Amatucci, "Del derecho financiero al derecho tributario"*. Bogotá: Temis, 2011.
- Lozano, Eleonora y Paola Henry Manrique. *La información tributaria y el derecho a su acceso*. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung, 2020.
- Lozano, Eleonora y Santiago Gómez. "La consolidación de la obligación tributaria a partir del pago en exceso y de lo no debido". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario* 54, n.º 76 (2017): 67-86.
- Lozano, Eleonora, César Cermeño, Margarita Salas, Juan de Bedout, Daniel Cardozo, Juan Rodríguez, Carlos Clopatofsky, Alejandra Ulloa, Roberto Insignares, Juan Ruiz y Carlos Lafaurie. *Perspectivas y retos de la justicia tributaria en Colombia. Propuesta para el Plan Decenal del Sistema de Justicia*. Bogotá: Ministerio de Justicia, 2017.
- Piketty, Thomas. *Le capital au xx<sup>e</sup> siècle*. París: Éditions du Seuil, 2013.
- . *L'économie des inégalités*. París: Éditions La Découverte, 2015.
- "Privilegios fiscales. Beneficios inexplicables para unos cuantos". Centro de Análisis e Investigación Fundar, 1.º de octubre, 2019. <https://fundar.org.mx/fundar-publica-perdones-fiscales-calderon-epn/>
- Roemer, Andrés, comp. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Romer, Christina y David Romer. "The macroeconomic effects of tax changes: Estimates Based on a new measure of fiscal shocks". *American Economic Review* n.º 100 (2010): 763-801.
- Sáez, Emmanuel y Gabriel Zucman. *The triumph of injustice. How the rich dodge taxes and how to make them pay*. Nueva York: W. W. Norton & Company, 2019.

# **El análisis jurisprudencial: más allá del precedente judicial\***

Jorge González Jácome

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.479>

## Introducción

Este artículo pretende ofrecer a los investigadores tres discusiones teóricas sobre el derecho que a su vez brindan tres perspectivas metodológicas para el uso de la jurisprudencia en sus escritos. El objetivo de este texto es ampliar las herramientas mediante las cuales se utiliza la jurisprudencia en la investigación jurídica. Desde mediados de la década de 1990, la Corte Constitucional colombiana impulsó una revolución en las fuentes del derecho, la cual fortaleció el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho. Esta transformación llevó a un renovado interés y uso de la jurisprudencia en los textos jurídicos: si, por lo general, antes de los años noventa la jurisprudencia aparecía para ilustrar una interpretación de la ley, después de la revuelta de las fuentes del derecho la jurisprudencia adquirió una entidad propia como fuente formal —primero en la jurisdicción constitucional y luego en la ordinaria y en la administración pública—<sup>1</sup>. La propuesta contenida en este escrito se enmarca en los cambios que hicieron posible redimensionar el lugar de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico y en la hermenéutica colombiana.

La revuelta de las fuentes del derecho produjo a su vez una metodología para la lectura de los precedentes judiciales que fue avanzada por la teoría local y por la propia Corte Constitucional<sup>2</sup>. Las nociones de *precedente* y de *líneas jurisprudenciales* se empezaron a consolidar entre abogados, jueces y litigantes que encontraron en ellas unas guías para modificar su práctica y estudio del derecho. Estas nociones contribuyeron para que teóricos progresistas y magistrados mostraran al público que la

1 Los textos que ya se han convertido en clásicos y dan cuenta de esta transformación son: Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis; Ediciones Uniandes, 2006) y *Eslabones del derecho* (Bogotá: Legis; Ediciones Uniandes, 2016).

2 López Medina, *El derecho de los jueces*, y Corte Constitucional, C-836/2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

jurisprudencia progresista sobre derechos fundamentales no vulneraba la seguridad jurídica pues se sometía a un renovado principio de legalidad. Así, los jueces y los doctrinantes mostraron que era posible entender que la jurisprudencia local seguía ciertas reglas y que era posible hablar de un sistema de precedentes en un país con tradición de derecho continental<sup>3</sup>. Los profesores de derecho constitucional nos familiarizamos, entonces, con pedirles a los estudiantes que construyeran líneas de jurisprudencias, que partían de formular un problema jurídico concreto que la Corte Constitucional estaba tratando de resolver (no de un concepto abstracto) para luego mostrar el comportamiento de las decisiones judiciales que respetaban generalmente el precedente. La herramienta también fue útil para construir una serie de criterios que permitieran criticar a los jueces cuando se distanciaban del precedente<sup>4</sup>.

Si bien estas formas de análisis de jurisprudencia fueron útiles e iluminaron lo que ocurría en el marco de las disputas por las fuentes del derecho, las respuestas sobre el precedente y las líneas jurisprudenciales no representan todo lo que puede “hacerse” con las decisiones judiciales en el marco de las investigaciones jurídicas. En el precedente y las líneas jurisprudenciales hay un particular interés por comprender el derecho vigente y formular las reglas jurisprudenciales que completan las constitucionales, legislativas o de rango inferior. Sin embargo, el investigador que no está solamente interesado en cuestiones sobre el derecho vigente puede encontrar otras pistas teóricas que le ayuden a pluralizar lo que puede hacer con la jurisprudencia. Considero que esta agenda que propongo puede ser importante para quienes, a través de las decisiones judiciales, intentan construir lentes para mirar “algo más” que el comportamiento judicial o las disputas por las fuentes. Las propuestas de este texto no tienden a descartar las reflexiones sobre el precedente, pero desplazan la discusión teórica sobre las fuentes hacia otro lugar. La jurisprudencia, entonces, se convierte en un material que no solamente lee la disputa del poder para decir el derecho, sino que lee otros aspectos sociales.

Este escrito plantea tres formas de usar la jurisprudencia en la investigación jurídica que se derivan de inquietudes del realismo jurídico, los estudios jurídicos críticos y el derecho y la literatura. Todas estas corrientes

3 Parte de las discusiones contenidas en la Sentencia C-836 del 2001 giraron en torno a si era posible tener un sistema de precedentes en un país de tradición continental. Sin embargo, el argumento sobre la igualdad, casos iguales deben fallarse de igual forma, fue lo que determinó la estructuración del sistema de precedentes colombianos. Para contrastar con un sistema de precedentes fuertes, véase Frederick Schauer, *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2009), 36-60.

4 Incluso, dentro de la propia Corte Constitucional se han tejido discusiones a partir del marco formado por el seguimiento al precedente. Por ejemplo, la magistrada Diana Fajardo salvó el voto en una decisión de tutela en la que afirmó que la sala estaba cambiando injustificadamente el precedente de procedencia de la tutela del derecho a la pensión. Véase Corte Constitucional, T-029/18, M. P. Carlos Bernal Pulido.

teóricas se han llamado “antiformalistas” pero quisiera hacer hincapié en que no todos los antiformalismos apuntan hacia las mismas intuiciones metodológicas. La metodología en investigación jurídica es más rica que la simple dicotomía formalismo/antiformalismo y por eso este capítulo hace énfasis en estas diferentes direcciones a donde apuntan tres posturas teóricas que tienen relaciones cercanas. A continuación, evaluaré cada una de estas propuestas en tres secciones y ofreceré, en la cuarta y última parte, unas breves conclusiones.

## Realismo

Una primera forma alternativa de leer jurisprudencia se deriva de los aportes a partir de la crítica al formalismo jurídico que se produjo a los dos lados del Atlántico desde la segunda mitad del siglo XIX. François Gény, uno de sus principales representantes europeos, acusó a los jueces de abusar de la deducción y esconder los verdaderos argumentos o razones para la decisión detrás de formalidades argumentativas. Para Gény era posible que en algunos casos los jueces pudieran genuinamente resolver los problemas que conocían mediante los métodos deductivos tradicionales; pero en otros, cuando la deducción no daba la respuesta correcta, la racionalidad para alcanzar una decisión era otra. El llamado del francés a los jueces y a los juristas era por la transparencia en la exposición de las consideraciones extrajurídicas que guiaban sus decisiones<sup>5</sup>.

Desde Estados Unidos, la jurisprudencia sociológica, representada, entre otros, por Oliver Wendell Holmes Jr., seguía un camino similar al afirmar que había que diferenciar lo que los jueces hacen y lo que dicen que hacen. Las palabras textuales de las decisiones judiciales, que demandan del juez el uso de la “lógica”, esconden otras verdaderas razones que son más determinantes en el momento de decidir. La “lógica”, según Holmes, es una capa con la que se puede esconder prácticamente cualquier argumento extrajurídico que sí tiene un peso importante para tomar una decisión judicial<sup>6</sup>. El realismo jurídico estadounidense profundizó las intuiciones de Holmes en diferentes direcciones y mientras algunas corrientes dentro de esta propuesta conectaron lo extrajurídico con la psicología del juez (Jerome Frank)<sup>7</sup>, otros se decantaron por resaltar las ciencias sociales y el empirismo como herramientas para estudiar y

5 François Gény, *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo* (Granada: Comares, 2000).

6 Oliver Wendell Holmes Jr., “The path of the law”, *Harvard Law Review* n.º 10 (1897): 457.

7 El texto más representativo de esta vertiente fue Jerome Frank, *Law and the modern mind* (Nueva York: Routledge, 1930).

descubrir las “verdaderas” motivaciones de los jueces al tomar las decisiones, principalmente, consideraciones sociales, económicas y políticas<sup>8</sup>.

La intuición más relevante de esta revuelta antiformalista es que no solo propició la reforma del derecho positivo para que los jueces consideraran aspectos sociales, usualmente acuñados en nuestro sistema jurídico bajo el concepto *función social* de los derechos y libertades, para tomar decisiones que pudieran resolver nuevos retos que se presentaban en la estructuración del sistema capitalista del momento<sup>9</sup>. Así mismo, la pista teórica que planteó esta crítica es que las decisiones judiciales deben ser leídas con cierto grado de escepticismo en la medida en que el lenguaje que legitima la decisión judicial muchas veces no permite (o al menos los jueces así lo perciben) usar cierto tipo de argumentos extrajurídicos que pueden explicar y justificar de una mejor manera las razones que llevan a una sentencia particular. La propuesta metodológica que se deriva de esta perspectiva se dirige a plantear hipótesis interpretativas que permitan ubicar las decisiones judiciales en narrativas más amplias que conectándolas con dinámicas sociales, políticas, económicas o de otro tipo. En virtud de múltiples discusiones epistémicas producidas en el siglo xx que dudan de la verdad objetiva, las lecturas que sospechan de las palabras de los jueces no pretenden llegar a este tipo de reconstrucciones irrebatibles, sino que ofrecen lecturas razonables y plausibles sobre las maneras como las decisiones judiciales se producen en un contexto complejo de relaciones sociales, políticas y económicas.

Uno de los textos más representativos sobre la historia de la Corte Suprema de Justicia en Colombia se aproxima a la jurisprudencia, en buena parte, en el marco de esta propuesta que se menciona<sup>10</sup>. Uno de los argumentos centrales de la obra es que no puede hacerse una historia de dicho tribunal sin que se entiendan los contextos o marcos políticos dentro de los que magistrados tuvieron que proferir sus fallos de constitucionalidad. Así, por ejemplo, Mario Cajas sostiene que para poder comprender las sentencias de la Corte en los primeros años del Frente Nacional (1958-1960) es importante conocer el “ambiente de inestabilidad” política propio del tránsito que hubo entre el gobierno militar y el civil para entender el difícil camino para una Corte Suprema que buscaba mayor

8 La variedad del realismo jurídico estadounidense puede captarse en la recopilación *American legal realism*, editado por William W. Fisher III, Morton J. Horwitz y Thomas A. Reed (Nueva York: Oxford University Press, 1993).

9 En nuestro medio, la sensación de que el derecho había perdido el contacto con un mundo capitalista moderno quedó plasmado en Francisco Tafur Morales, *La nueva jurisprudencia de la Corte* (Bogotá: Óptima, 1939), donde señala que figuras como la teoría de la imprevisión, la responsabilidad extracontractual objetiva y el abuso del derecho, entre otros, son síntomas de una transformación que el propio derecho colombiano había emprendido ante el cambio de las realidades socioeconómicas.

10 Mario Alberto Cajas Samia, *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 1886-1991: volumen II. Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente 1957-1991* (Bogotá: Ediciones Uniandes; Universidad Icesi, 2015).



independencia en un momento en que los partidos políticos tradicionales que controlaban las otras ramas del poder buscaban también el control del alto tribunal<sup>11</sup>. Por ende, las sentencias de la Corte se utilizan para poder comprender el juego político en el cual estaba inmerso el tribunal en el marco de una reconstrucción de la vida política colombiana atravesada por el bipartidismo y de una Corte que buscaba la independencia. Por ejemplo, el autor señala que, durante el gobierno civil, la Corte controló agresivamente la constitucionalidad de un decreto expedido durante la dictadura militar. Con su fallo envió un mensaje que materializaba la posición compleja de los jueces pues parecía sostener que estaba dispuesta a hacer cesar los abusos propios que se habían presentado por la declaratoria de estados de sitio, aunque, al mismo tiempo, el decreto de excepción declarado inconstitucional no era del nuevo gobierno y podía verse como una tímida afirmación de competencia de parte de la Corte que afirmaba poderes sin desafiar el bipartidismo base del nuevo gobierno<sup>12</sup>.

El punto importante que se aprecia con lo anterior es que el autor llega a encontrar el significado de la jurisprudencia entendiendo en primer lugar el contexto político que rodea su promulgación. En otras palabras, la lección metodológica de la reconstrucción es parte de los significados de las decisiones judiciales que provienen principalmente de identificar la red de actores sociales y políticos a los cuales les estaba hablando la Corte en el marco de unas disputas específicas<sup>13</sup>. Esto implica que, si los abogados tratamos las sentencias como “fuentes primarias”, uno de los esfuerzos que debemos hacer es contextualizarlas preguntándonos en qué “comunidad de hablantes” se inserta. Si la línea jurisprudencial nos plantea, fundamentalmente, que el juez habla consigo mismo mirando su propio pasado o el de otros jueces a su mismo nivel jerárquico (precedente horizontal) y con otros jueces de superior jerarquía (precedente vertical), la intuición de los realistas jurídicos puede llevarnos a entender que los diálogos van más allá del judicial y por eso el ambiente político del legislativo y el ejecutivo se vuelve importante.

Mediante esta utilización de la jurisprudencia también es posible observar, por ejemplo, cómo los jueces profundizan o se resisten a las intenciones políticas de los constituyentes, legisladores o el propio ejecutivo. Por ejemplo, las sentencias de casación de los primeros años de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (1887-1899) pueden leerse en el marco del proyecto político de la Regeneración en su intento por derrotar la

11 Cajas Samia, *La historia de la Corte Suprema de Justicia*, 86-87.

12 Cajas Samia, *La historia de la Corte Suprema de Justicia*, 40-41.

13 La discusión sobre la contextualización puede verse en la historia política en Quentin Skinner, “Meaning and understanding in the history of ideas”, *History and Theory*, 8 (1969): 3-53. Para una visión más liviana aplicada a la historiografía jurídica: William W. Fisher III, “The application to American legal history of the methodologies of intellectual histories”, *Stanford Law Review* 49 (1997): 1065-1110.

organización federal del Estado y recentralizar el poder político, administrativo y judicial. Las sentencias, en estos años, se pueden leer dentro de esta problemática política y puede concluirse que, en líneas generales, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia estaban alineados con la utilización de un recurso procesal en pro de la centralización del derecho que también propició la Regeneración<sup>14</sup>.

La utilización de la jurisprudencia en el marco de contextos políticos o sociales requiere del investigador un conocimiento que va más allá del derecho positivo vigente. Si bien es importante que las investigaciones comprendan los alcances propiamente jurídicos de las decisiones judiciales, estas formas de uso de jurisprudencia invitan a una lectura del contexto social, político, económico donde se produce la sentencia. Depende de los propósitos de la investigación, la construcción del contexto demandará diferentes tipos de fuentes que contribuyan a ubicar la decisión judicial en marcos más amplios. Si las investigaciones tienen alguna pretensión historiográfica, es decir que quieren construir un puente con los historiadores, el uso de fuentes primarias resulta importante en la construcción del argumento<sup>15</sup>. En consecuencia, si se quiere exponer una decisión de una determinada época es recomendable que el autor identifique los principales actores envueltos en la disputa en la que se ubica el debate judicial y busque textos o pronunciamientos de dichos actores que le permitirán una contextualización más densa que responda a la pregunta sobre las condiciones que hicieron posible que un actor utilizara ciertos conceptos<sup>16</sup>. Para identificar los actores de la época, las fuentes secundarias que reconstruyen un periodo específico le pueden ayudar al investigador a identificar los actores principales. Por ejemplo, si retomamos el ejemplo mencionado sobre el interés de entender los pronunciamientos de la Corte Suprema en los primeros años del Frente Nacional, el investigador podría servirse de un texto como *La paz olvidada* para comprender los principales debates e identificar los relevantes actores políticos de la época<sup>17</sup>. Es probable que, si el autor no tiene una particular pretensión historiográfica, el rastreo de la literatura secundaria baste para sus objetivos de lectura jurisprudencial.

14 Este argumento se encuentra desarrollado en Jorge González Jácome, *Entre la ley y la constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia 1886-1915* (Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007), 45-80.

15 Por ejemplo, si se quiere comprender el significado de un autor de finales del siglo XIX, como Miguel Antonio Caro, el investigador debe reconstruir no solamente las redes conceptuales de las discusiones de la época, sino también el uso de los actos de habla dominantes en aquella época que permiten comprender lo que perseguía el autor utilizando ciertas construcciones verbales que se utilizaban en sus tiempos. Entendiendo ese mundo y esos usos el investigador puede descubrir si el autor bromeaba, atacaba, se defendía, etc. El argumento está desarrollado en Skinner, "Meaning and understanding", 45-49.

16 En este punto se trata de comprender las relaciones que la jurisprudencia puede tener con otras fuentes de producción discursiva. Para profundizar en esta discusión es útil considerar Michel Foucault, *The archaeology of knowledge: And the discourse on language* (Nueva York: Vintage Books, 1982).

17 Robert Karl, *La paz olvidada* (Bogotá: Lerner, 2018).

## La conciencia jurídica

A finales de la década de 1970 y principios de 1980, una vertiente de los estudios jurídicos críticos estadounidenses atacó algunos de los presupuestos del realismo jurídico, en especial, la idea de que el derecho era una respuesta a contextos extrajurídicos<sup>18</sup>. En el marco de esta propuesta, los críticos anotaron que la transformación del derecho no se produce necesariamente como una respuesta a lo que ocurre fuera de él, planteando así un rechazo a las teorías reflejo (el derecho como reflejo de la sociedad, la economía, la cultura, etc.)<sup>19</sup>. Algunos críticos sostuvieron, en consecuencia, que el derecho tenía cierto grado de autonomía frente a otros campos siendo necesario profundizar en “el conjunto de conceptos y operaciones intelectuales que evoluciona de acuerdo con un patrón propio y ejerce una influencia que puede diferenciarse de los efectos propios del poder político y del interés económico”<sup>20</sup>. El punto fundamental de esta aproximación no radica en negar que lo económico o lo político, por ejemplo, tengan influencia en el desarrollo de lo jurídico. El punto es que, cuando un juez toma una decisión particular, sus ideas políticas, económicas o filosóficas no son simplemente implementadas en una sentencia. El juez puede percibir que el material jurídico le permite o no tomar una decisión que materialice, por ejemplo, sus ideas filosóficas. Pero para poder entender por qué hay casos en los que el juez sí puede concretar sus ideas en las decisiones judiciales, y otros en los que no lo logra, es necesario estudiar esta estructura del pensamiento jurídico que media entre lo político, lo económico, lo social y la decisión particular de un caso<sup>21</sup>.

En razón a lo anterior, algunos apuntaron a estudiar esa “estructura” relativamente autónoma que denominamos *derecho* a partir de los manuales de derecho y las decisiones judiciales. “La idea [era] que el derecho debe entenderse como un sistema lingüístico en el que las formas de sus argumentos están regidas por una profunda gramática” que se extrae de sus propias palabras<sup>22</sup>. No es posible que podamos explicar el derecho simplemente yendo a los materiales de la política, sino que hay que tomarse la literatura jurídica —la producción normativa y académica

18 En este acápite sigo de cerca las discusiones del libro Morton J. Horwitz et al., *Historias críticas del derecho* (Bogotá: Ediciones Uniandes; Siglo del Hombre, 2017).

19 Una discusión similar puede rastrearse en el derecho comparado. Para una síntesis del debate, véase William Ewald, “Comparative jurisprudence (ii): The logic of legal transplants”, *The American Journal of Comparative Law* 43 (1995): 489-510.

20 Duncan Kennedy, “Hacia una comprensión histórica de la conciencia jurídica: el caso del pensamiento jurídico clásico en Estados Unidos 1850-1940, Morton J. Horwitz et al. *Historias críticas del derecho* (Bogotá: Ediciones Uniandes; Siglo del Hombre, 2017), 106.

21 Véase Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial* (Bogotá: Ediciones Uniandes; Instituto Pensar; Siglo del Hombre, 1999).

22 Justin Desautels-Stein, “Structuralist legal histories”, *Law and Contemporary Problems* 78 (2015): 37-59.

de los juristas, así como las reglas explícitas o implícitas mediante las cuales construyen categorías y argumentos— en serio. Este conjunto de materiales se organiza en forma de estructura respecto de la cual los propios actores no son conscientes y la labor del teórico, profesor o analista es hacerla evidente. En palabras de uno de los exponentes de esta forma de aproximación al derecho, “las formas jurídicas son ideologías o rituales cuyos ‘efectos’ (incluidas las formas mediante las cuales las personas enfrentan la experiencia social para darle significados y la califican como natural, justa y necesaria, o como impuesta, injusta y susceptible de cambios) están en el campo de la conciencia” o del modo de pensar<sup>23</sup>.

Vista en retrospectiva, con una mirada en el presente hacia el pasado, la identificación de los contornos de esa estructura o “conciencia jurídica” puede ser más sencilla que cuando en el presente estamos tratando de dar cuenta de un conjunto de ideas, reglas y argumentos implícitos dentro de los cuales se enmarca nuestra forma de resolver los problemas jurídicos. Por esta razón, la vertiente estructuralista de estudios críticos del derecho ha terminado formando una rica corriente de historiografía jurídica<sup>24</sup>. Desde esta perspectiva histórica, por ejemplo, una de las reconstrucciones más influyentes identifica que entre 1850 y 1900 (aproximadamente) la conciencia jurídica dominante combinaba la teoría de la voluntad (el derecho pretende que sus sujetos hagan efectivos sus poderes absolutos dentro de su esfera de influencia sin invadir la de otros), el individualismo y el formalismo interpretativo. Tanto en derecho público como en privado, los juristas alrededor del mundo construyeron argumentos para resolver sus casos en el marco de estos tres aspectos, los cuales representaban un núcleo de creencias implícitas dentro de las cuales se movieron los actores jurídicos<sup>25</sup>.

Si bien hay una propensión a la historia en estos estudios, ello no implica que los investigadores estén condenados a la explicación del pasado si adoptan esta aproximación. Es posible identificar, en el presente, las estructuras que van a construir el campo de posibilidades del operador jurídico. Así, por ejemplo, luego de un estudio del material jurídico del constitucionalismo colombiano después de 1992 el investigador fácilmente puede identificar que la Corte Constitucional ha construido una

23 Robert W. Gordon, “Historias críticas del derecho”, Morton J. Horwitz et al., *Historias críticas del derecho*, 226.

24 A pesar de lo anterior es importante notar que la discusión sobre la vigencia del estructuralismo en la historiografía jurídica crítica es objeto de disputa. En la década de 1990, William Fisher III señaló que dicha aproximación había sido abandonada por su excesivo textualismo. Sin embargo, recientemente Justin Desautels-Stein afirmó que su anuncio en la década de 1980 fue esperanzador y que es entonces un proyecto que vale la pena reconsiderar. Contrástese con Desautels-Stein, “Structuralist legal histories” con William W. Fisher II, “Texts and contexts”. Independientemente de la posición que se adopte en la discusión, el aporte del estructuralismo a la historia del derecho es innegable.

25 Duncan Kennedy, *Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico 1850-2000* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015).

teoría sobre la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales. La pregunta que puede dar forma a su investigación sería: ¿cuáles son los presupuestos teóricos que han usado los magistrados sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)? Seguramente llegará a una respuesta relacionada con la idea del “estado social de derecho” y el rol del juez. A su vez, la pregunta que debe formularse es cómo se formó esta idea (a partir de qué presupuestos de la comunidad jurídica). El investigador intentará entender las creencias implícitas de los operadores jurídicos en las que se pueden ubicar las diferentes maneras como se ha entendido, por ejemplo, la creencia de que la proporcionalidad es un método adecuado para resolver los casos sobre derechos. La identificación de estos “mínimos denominadores” le ayudará a entender que los operadores jurídicos pueden tener cierta libertad para interpretar e implementar los derechos fundamentales, pero se encuentran restringidos en la medida en que todos los operadores jurídicos sienten un deber de ponderar cuando hay una colisión de derechos. El resultado específico de la ponderación, o incluso la forma de entenderla, puede variar; pero la identificación de una conciencia jurídica propone una explicación de cuáles son los consensos, muchas veces no escritos, que llevan a la comunidad de juristas a sentir que ciertas ideas son “obligatorias” —como la ponderación o la proporcionalidad—.

Bajo esta perspectiva, las sentencias se convierten en un lugar privilegiado donde se puede rastrear la conciencia jurídica. Los manuales jurídicos y los tratados publicados en Colombia son, generalmente, glosas o exégesis de los articulados de las leyes y en ellos difícilmente pueden encontrarse pistas decisivas en el entendimiento de las estructuras de pensamiento de una determinada época. No ocurre lo mismo con las sentencias en la medida en que, enfrentados con “casos difíciles”, los jueces tienen que desplegar estrategias argumentativas que revelan su posición. Si en la propuesta del realismo jurídico y de la jurisprudencia sociológica había una idea de que hay fuerzas extrajurídicas que determinan su decisión, la postura de la conciencia jurídica es sutilmente distinta. La lectura de la jurisprudencia es, en buena medida, textualista pues el intérprete se debe tomar el lenguaje en serio (sin estar pensando en las fuerzas sociales que moldean la decisión) pues a partir de este es que identifica los argumentos, palabras e ideas que lo llevan a la conciencia o modo de pensamiento jurídico. La contextualización que se mencionaba en la sección anterior, por su parte, se refiere en esta propuesta a entender cómo se ubica la sentencia en el propio contexto de los materiales jurídicos de su tiempo, desde donde se puede identificar el lenguaje común de la comunidad jurídica.

Por ejemplo, un estudio que pretenda dar cuenta de la manera como una idea “social” del derecho fue predominante en las argumentaciones de finales del siglo xix y principios del siglo xx podría plantear el siguiente

camino donde la jurisprudencia es un material para rastrear las principales características de la conciencia jurídica de lo social. A principios del siglo xx, un famoso tratadista colombiano (Fernando Vélez), considerando el problema de la interpretación contractual, señaló que las ideas del orden público y las buenas costumbres, como límites a la manifestación de voluntades, debían entenderse en el marco de las “instituciones sociales presentes”. Incluir la idea de las “instituciones sociales” en 1908 representó un cambio frente a los tratadistas de una década atrás, pues estos últimos no interpretaban que el orden público incluyera este concepto. Una interpretación plausible es que Vélez veía al derecho como un medio para alcanzar un fin social, no como una abstracción que protegía a los individuos, y por ello empieza a ser carrera la conexión del derecho privado con un fin o función social. La idea de que en la interpretación del contrato hay que tener en cuenta el fin social puede identificarse en diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la época. Por ejemplo, en 1908, dicho tribunal decide un caso entendiendo que la interpretación del contrato de arrendamiento debía tener en cuenta el progreso de la agricultura y las industrias y llegar a decisiones que tuvieran en cuenta el fin social de la propiedad inmueble que era la productividad<sup>26</sup>. En este caso, la jurisprudencia sirve para entender la materialización de una idea sobre la conciencia jurídica de principios del siglo xx que empezó a aparecer no solo en sentencias sino en los primeros tratados de derecho<sup>27</sup>.

Un ejemplo particularmente útil del uso de decisiones judiciales en el marco de la identificación de estructuras de pensamiento jurídico puede encontrarse en *The transformation of American law, 1870-1960* de Morton Horwitz<sup>28</sup>. La tesis fundamental del libro es que la “ortodoxia” jurídica que dominó el campo de los juristas antes de la Guerra Civil de los Estados Unidos, en donde se mezclaban el individualismo y el formalismo interpretativo, cayó por una nueva generación de juristas progresistas que se desplazaron hacia un entendimiento del derecho social. Horwitz utiliza como punto de partida de la discusión entre la ortodoxia y los progresistas un caso polémico: *Lochner v. Nueva York*. En este caso, el autor analiza tanto la posición mayoritaria como los votos disidentes para mostrar un momento anterior al quiebre en el pensamiento jurídico estadounidense frente a la posibilidad de que los legisladores promulgaran leyes que

26 Para ampliar esta aproximación metodológica, véase: Jorge González Jácome, *Los debates del pensamiento jurídico colombiano, 1886-1920* (Bogotá: Ibáñez; Depalma; Pontificia Universidad Javeriana, 2011), 118-132.

27 Una dificultad que debe anotarse frente a esta forma de utilización es que resulta difícil encontrar y rastrear los casos desde los que puedan leerse puntos teóricos como el que se avanza sobre el derecho social. Como no existen bases de datos integrales de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde 1887, en diversas ocasiones el investigador se ve obligado a rastrear página por página las gacetas judiciales para encontrar casos que le sirvan.

28 Morton J. Horwitz, *The transformation of American law 1870-1960* (Nueva York: Oxford University Press, 1993).

establecían normas imperativas limitando la libertad contractual en asuntos relacionados con el trabajo. La posición mayoritaria afirmaba una interpretación individualista, formalista y basada en el derecho natural para rechazar la intromisión del legislativo en negocios privados; la posición disidente apuntaba al escepticismo frente a la deducción y hacia la deferencia que debían tener los jueces cuando se decidieran asuntos de política económica, pues el legislador debía establecer el fin económico de las normas. A partir de un análisis de la sentencia, el autor muestra estas dos estructuras de pensamiento enfrentadas que iban a caracterizar una importante disputa hasta la segunda mitad del siglo xx. Horwitz combina el análisis de esta sentencia y otros pronunciamientos judiciales con las publicaciones de los juristas en otros medios (artículos, tratados y manuales de clase)<sup>29</sup>.

Una dificultad teórica que puede asaltar al investigador en este punto es si su reconstrucción de la conciencia jurídica puede ser tan independiente de las dinámicas sociales, económicas o políticas. Es posible combinar, en algún punto, la propuesta del realismo como la de la conciencia jurídica, llenando de contenido el concepto *autonomía relativa del derecho*. De allí que una invitación al investigador es deambular por simbiosis entre diversas propuestas, entendiendo que los contextos políticos también pueden ayudar a comprender el pensamiento jurídico de una época<sup>30</sup>. Lo único que ello implicaría para el uso de la jurisprudencia es que el investigador se vería con la tarea más ardua de contextualizar las decisiones en varios frentes —jurídicos, políticos, económicos—. El objeto de estudio y la audiencia a la que desee dirigirse le resolverán la pregunta de hasta dónde será necesaria la contextualización en varios frentes.

## Derecho y literatura

Una última propuesta para pensar el papel de la jurisprudencia en la investigación jurídica está dada por las intuiciones propias del movimiento del derecho y literatura. La propuesta interdisciplinaria de esta corriente teórica se abrió porque, desde el derecho, los abogados esperaban encontrar en la literatura la “humanidad” que le hacía falta a un legalidad técnica y árida que había perdido su contacto con el drama humano. En consecuencia, algunos abogados esperaban que las escuelas de derecho enseñaran obras literarias que les permitieran a los futuros abogados

29 Horwitz, *The transformation of American law*, 33-63

30 Cfr. Jorge González Jácome, *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia 1930-1990* (Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015).



“humanizar” sus prácticas<sup>31</sup>. Sin embargo, el movimiento de derecho y literatura demostró una mayor complejidad teórica y, por ejemplo, planteó una dicotomía en sus inicios alrededor de dos corrientes: el derecho en la literatura y el derecho como literatura. Lo primero implicaba reflexionar sobre las representaciones del derecho en las obras literarias para acercarlo a una serie de discusiones culturales sobre su impacto y entendimiento popular. Lo segundo apuntaba a tratar los textos jurídicos como obras literarias, aplicándoles una serie de técnicas interpretativas propias de los estudios y la crítica desarrollada en la literatura a la que la interpretación jurídica había sido impermeable<sup>32</sup>.

En la rica historia del movimiento hubo múltiples críticas a las aproximaciones anteriores, en especial, el argumento de que la interdisciplinariedad estaba basada en una suposición de que el derecho era el único extremo de la relación que iba a salir favorecido del encuentro y que la literatura iba a enmendar sus errores<sup>33</sup>. Estas críticas han motivado a que los investigadores no vean el derecho necesariamente como una práctica inhumana que no tiene preocupaciones estéticas, sino a entender que es posible plantear proyectos en los que ubicamos al derecho como un espacio de autoridad formado por textos y actividades performativas que contribuyen a dar significado a una serie de ideas, conceptos y prácticas sociales. El derecho está en un lugar privilegiado, por cierto, para la enunciación de una serie de dictámenes que pueden limitar nuestro actuar, pero no es el único campo que funciona de este modo. La literatura y otras manifestaciones culturales pueden examinarse en conjunto con el derecho para comprender la forma como llenamos de significado nuestras prácticas culturales. La propuesta es fundamentalmente crítica en la medida en que la literatura y su interacción con el derecho puede revelar algunos sesgos en las formas como la institucionalidad liberal (manifestada en la política, el derecho y la economía) ha construido una subjetividad cuestionable a partir de un disciplinamiento social articulado alrededor de la raza o el género, entre otras categorías —en el cual participan el derecho, la literatura y el arte—<sup>34</sup>.

El distanciamiento de la visión romántica de la utilidad de la literatura para el derecho permite volver sobre las propuestas de esta corriente

31 Julie Stone Peters, “Law, literature and the vanishing real. On the future of an interdisciplinary illusion”, *PMLA* 120 (2005): 442-453.

32 Jane Baron, “Law, literature and the problems of interdisciplinarity”, *Yale Law Journal* 108 (1999): 1080-1081.

33 Elizabeth S. Anker y Bernadette Meyler, “introduction”, *New directions in law and literature*, editado por Elizabeth S. Anker y Bernadette Meyler (Nueva York: Oxford University Press, 2017), 6.

34 Sobre la construcción de la subjetividad y el movimiento de derecho y literatura, véase Caleb Smith, “Who wouldn’t want to be a person? Histories of the present in Law and Literature”, *New directions in law and literature*, editado por Elizabeth S. Anker y Bernadette Meyler (Nueva York: Oxford University Press, 2017), 46-58.



teórica sin estar buscando compulsivamente la real o imaginaria humanidad perdida de lo jurídico. Así, por ejemplo, si consideramos que las fuentes jurídicas como las sentencias narran historias, tal como se hace en la literatura, pero con otras reglas explícitas e implícitas, entonces podemos pensar los límites y posibilidades de las narrativas judiciales sobre los problemas sociales y la construcción de los sujetos<sup>35</sup>. En esas narraciones que el investigador puede identificar en las sentencias la cuestión es por la representación del mundo allí contenida y la forma como ella revela algo sobre las inclusiones y exclusiones sociales y culturales en las que participa el derecho. Esta lectura de las narrativas puede enriquecer al derecho en la medida en que el intérprete no está solamente a la caza del derecho vigente, sino de la forma como las historias contadas por los jueces revelan aspectos sobre la subjetividad y la historia institucional de una sociedad. Las historias, bajo esta perspectiva, no se valoran solamente por el hecho de que sean un “testimonio”, por ejemplo, de una víctima o de una persona excluida, sino porque revelan una manera de interpretar y llenar de contenido una serie de imaginarios sociales<sup>36</sup>.

Un ejemplo de estas inquietudes que se hacen palpables desde el derecho y la literatura pueden consultarse en el análisis que hace Karen Engle sobre la construcción de la subjetividad femenina en el derecho penal internacional, concretamente desde las sentencias del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)<sup>37</sup>. Esta aproximación parte de una propuesta interdisciplinar inicial del derecho y la literatura mencionada, la cual ve cómo el derecho tiene ciertas carencias que pueden identificarse con la ayuda de textos literarios. Así, Engle sostiene que las “narraciones” de ciertas víctimas propias del TPIY, guiadas por las restricciones propias de los intereses dogmático-penales del caso, llevaron a que se insistiera permanentemente en la falta de agencia de las mujeres al presentarlas solamente como “víctimas” de delitos sexuales. En la dicotomía perpetrador-víctima no hay cabida para otro tipo de roles que las mujeres tienen en la sociedad, para el análisis de la complejidad de su identidad; las mujeres parecieran perder “su identidad política en el momento en que se identifican como violadas” y Engle resalta, a partir de la lectura de la sentencia Kunarac en el TPIY, que las mujeres violadas son imaginadas

35 Una crítica de este estilo que señala cómo el derecho tiene límites en sus estructuras narrativas es una intuición que da pie para sostener que las mujeres desplazadas en Colombia se encuentran limitadas por el tipo de subjetividad que el sistema jurídico les pide construir para obtener ayuda humanitaria. Esta identidad no responde a las necesidades “reales” de dicha población. Véase Julieta Lemaitre Ripoll, *El Estado siempre llega tarde. La reconstrucción de la vida cotidiana después de la guerra* (Buenos Aires: Siglo xx; Ediciones Uniandes, 2019).

36 Sobre los derechos humanos y su énfasis en el testimonio, véase Julie Stone Peters, “‘Literature’, the ‘rights of man’ and narratives of atrocity. Historical background to the culture of testimony”, *Yale Journal of Law and Humanities* 17 (2005): 253-283.

37 Karen Engle, “El juicio del sexo en tiempos de guerra”, *Perspectivas jurídicas para la paz*, editado por Helena Alviar García e Isabel Cristina Jaramillo (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2016), 303-330.

como si necesariamente sufrieran un daño del que no podrán recuperarse. En otras palabras, la mujer violada pierde su agencia y su identidad desde la narración de la decisión judicial, razón por la cual intenta imaginarse que es posible pensar a la mujer en la guerra de una manera distinta que no la despoje de otros roles<sup>38</sup>.

Una vez planteado el objetivo anterior, Engle propone contrastar la imagen de la “mujer violada” que se hace tan central a la sentencia del *TPRY* con la forma como Ernest Hemingway construyó un par de personajes femeninos en una de sus novelas inspiradas en la Guerra Civil española (*Por quién doblan las campanas*). Así, la mujer se puede entender a partir de estos personajes como militares (guerreras y no solo madres), actores políticos (no solo porristas de sus maridos) y actores sexuales (en que el sexo en la guerra puede ser consentido y no solamente impuesto por los hombres)<sup>39</sup>. En este caso, la jurisprudencia es utilizada para mostrar una carencia del derecho en sus formas de imaginarse el mundo de la guerra y la construcción de la identidad femenina. La literatura, en conjunto con la sentencia, viene a completar un mundo narrativo mediante el cual damos sentido a la existencia social. Este texto comparte con una de las corrientes del derecho y la literatura la intención de dar “humanidad” al derecho, entendiendo la condición humana como un conjunto de pulsiones contradictorias para la determinación de la identidad<sup>40</sup>. El derecho, desde la jurisprudencia del *TPRY* simplifica esta complejidad y perpetúa formas de entendimiento que jerarquizan a los sujetos. Por ende, la jurisprudencia aparece como una lente desde donde se examinan críticamente las narraciones que produce la legalidad liberal manifestada en el derecho penal internacional.

La propuesta anterior es útil para los temas relacionados con los derechos humanos en contextos particularmente violentos. En momentos y lugares donde los asesinatos, las masacres, las desapariciones forzadas y los desplazamientos son comunes, entender el derecho como un espacio de narración de la atrocidad reivindica a las víctimas. La sentencia judicial no solamente es un lugar donde se anuncia el derecho vigente y se define un derecho, sino que además se convierte en una pieza del Estado donde las visiones de las víctimas pueden encontrar eco o verse plasmadas. Se trata de una apuesta por entender cómo unas formas de escribir el derecho logran captar parte de las visiones de mundo que tienen las personas

38 Engle, “El juicio del sexo en tiempos de guerra”, 319-320.

39 Engle, “El juicio del sexo en tiempos de guerra”, 316-322.

40 Esta idea la toma de Freud que analiza la tensión entre la pulsión de vida y pulsión de destrucción que atraviesa la existencia individual y quizás social. Sigmund Freud, *Civilization and its discontents* (Nueva York: W. W. Norton & Company, 1961), 64-69.

que han sido objeto de vejaciones en un universo normativo que les ha sido impuesto por un victimario por medio de la violencia<sup>41</sup>.

En consecuencia de lo anterior, otro uso de la jurisprudencia derivado de las propuestas de derecho y literatura es cuestionar el propio género de la "sentencia" judicial. Ello implica aproximarse a las decisiones judiciales no solamente como un documento en el que se aplica el derecho vigente a un punto jurídico dudoso respecto a hechos que se vuelven litigiosos. En contraste, se puede entender que la sentencia judicial, en ocasiones, hace más que eso y por ende no solamente se dirige a las partes envueltas en la contienda, sino que busca impactar a un público más amplio pues puede ofrecer una interpretación distinta de una serie de imaginarios sociales dominantes. El investigador puede identificar este rol jurisprudencial prestando atención a los dispositivos literarios utilizados por la sentencia y la manera como los jueces los utilizan para intentar moverse más allá de las fronteras que las normas explícitas e implícitas exigen de una decisión judicial (criticados por Engle).

Así, por ejemplo, una sentencia puede ser particularmente útil en un contexto en el cual la memoria dominante de una sociedad insista en negar las violaciones de derechos humanos de un régimen anterior. Una decisión judicial que encuentre una violación de derechos humanos podría hacerlo simplemente reconociendo una responsabilidad individual o utilizando una serie de narrativas judiciales que permitan construir una contramemoria que vaya más allá del caso particular y que le dispute el espacio a la memoria dominante. Ello ocurrió en Colombia en 1985 cuando el Consejo de Estado encontró que el Estado era responsable por la detención y tortura de la médica Olga López, durante los años en que estuvo vigente el Estatuto de Seguridad durante el gobierno Turbay (1978-1982). Pero la sentencia no solamente declaró la responsabilidad del Estado en este caso particular, sino que reprodujo testimonios sobre torturas de otros detenidos, una carta sentimental del padre de Olga al presidente de entonces (recordándole su militancia política conjunta en la juventud para despertar compasión en él por la detención de su hija) y concluyó la existencia generalizada de un ambiente de intimidación en el país en virtud de tratos inhumanos a los detenidos y fraude procesal y las arbitrariedades de la justicia penal militar. La sentencia denunció que desde las redes de inteligencia militar de la época y como consecuencia de la falta

41 Esto es similar a una de las maneras como Lemaitre analiza el fetichismo: Julieta Lemaitre Ripoll, "El amor en los tiempos del cólera. Derechos LGBT en Colombia", *SUR* n.º 6 (11) (2009): 79-97. Aquí puede verse también cómo el derecho y la literatura pueden tener diferentes objetivos de conformidad con el contexto social, político e intelectual donde se desarrolle el estudio: Cfr. Greta Olson, "De-Americanizing law and literature narratives. opening up the story", *Law and Literature*, n.º 22 (1) (2010): 338-364.

de voluntad de las autoridades civiles para ponerle fin a los desmanes se produjo un estado de terror<sup>42</sup>.

La identificación de los puntos anteriores depende de preguntarse un aspecto propio de los géneros literarios: ¿qué necesita la sentencia para que sea aceptable dentro de la comunidad jurídica? ¿Por qué incluye más aspectos de los necesarios? ¿Qué efectos puede producir que la sentencia utilice más recursos que los que se exigen? En este caso, los testimonios adicionales contribuyeron a entender que las denuncias de violaciones de derechos humanos de las organizaciones sociales de finales de la década de 1970 no eran solo una fantasía de una serie de activistas de izquierda, sino que había sido una realidad. La sentencia contribuyó a construir esta forma de recordar el periodo 1978-1982 al sacudirse de los límites propios del género de la sentencia judicial y erigirse como un punto intermedio entre decisión judicial estándar e informe de derechos humanos.

## Conclusiones

Durante algunos años he sentido que quienes hacen investigación jurídica han tendido a utilizar las sentencias judiciales únicamente como un recurso para identificar el derecho vigente. Las metodologías sobre análisis de precedentes y la construcción de líneas jurisprudenciales han sido particularmente útiles en este intento. En este texto quise imaginarme cómo un investigador comprometido con la investigación no formalista del derecho puede utilizar la jurisprudencia para avanzar argumentos críticos (que desestabilicen las creencias que tenemos de nuestros imaginarios sobre el derecho)<sup>43</sup>. El realismo jurídico, los estudios jurídicos del derecho y el derecho y literatura son corrientes teóricas que en su momento hicieron propuestas renovadoras sobre la teoría del derecho. Toda propuesta teórica lleva consigo una apuesta metodológica que apunta a una manera singular de aproximarse al fenómeno jurídico. Por ello intenté imaginar cómo puede uno vincular los usos de la jurisprudencia a estas propuestas teóricas, apuntando todas ellas a encontrar que el derecho es un campo rico para leer la política, los imaginarios sociales y la rica y contradictoria textualidad de nuestra comunidad jurídica. El análisis que identifica los precedentes y las líneas jurisprudenciales es un rico argumento político-teórico sobre la lucha por las fuentes del derecho y no una metodología

42 La discusión de esta sentencia en el marco de este argumento puede consultarse en Jorge González Jácome, *Revolución, democracia y paz. Trayectorias de los derechos humanos en Colombia 1973-1985* (Valencia: Tirant lo Blanch; Ediciones Uniandes, 2019), 173-184.

43 En este punto sigo las propuestas de lo que significa hacer crítica del derecho contenidas en Wendy Brown y Janet Halley, "Introduction", *Left legalism/left critique*, editado por Wendy Brown y Janet Halley (Durham: Duke University Press, 2002), 25-33.

solamente<sup>44</sup>. Por eso he querido sugerir la importancia de que la jurisprudencia sea analizada de otras formas, sin perder de vista que esas “metodologías” se articulan a partir de propuestas teórico-políticas que pueden contribuir a los propósitos del investigador que simpatice con tales apuestas.

## Bibliografía

- Anker, Elizabeth S. y Bernadette Meyler. “Introduction”. En *New directions in law and literature*, 1-23. Nueva York: Oxford University Press, 2017.
- Baron, Jane. “Law, literature and the problems of interdisciplinarity”. *Yale Law Journal* 108 (1999), 1059-1085.
- Brown, Wendy y Janet Halley. “Introduction”. En *Left legalism/left critique*, editado por Wendy Brown y Janet Halley, 1-35. Durham: Duke University Press, 2002.
- Cajas Sarria, Mario Alberto. *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 1886-1991: Volumen II. Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente 1957-1991*. Bogotá: Ediciones Uniandes; Universidad Icesi, 2015.
- Desautels-Stein, Justin. “Structuralist legal histories”. *Law and Contemporary Problems* 78 (2015): 37-59.
- Engle, Karen. “El juicio del sexo en tiempos de guerra”. *Perspectivas jurídicas para la paz*, editado por Helena Alviar García e Isabel Cristina Jaramillo, 303-330. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2016.
- Ewald, William. “Comparative jurisprudence (II): The logic of legal transplants”. *The American Journal of Comparative Law* 43 (1995): 489-510.
- Fisher III, William, Morton Horwitz y Michael Reed. *American legal realism*. Nueva York: Oxford University Press, 1993.
- Fisher III, William W. “The application to American legal history of the methodologies of intellectual histories”. *Stanford Law Review* 49 (1997): 1065-1110.
- Frank, Jerome. *Law and the modern mind*. Nueva York: Routledge, 1930.
- Freud, Sigmund. *Civilization and its discontents*. Nueva York: W.W. Norton & Company, 1961.
- Gény, François. *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo*. Granada: Comares, 2000.
- González Jácome, Jorge. *Entre la ley y la constitución. Una introducción histórica a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia 1886-1915*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- . *Los debates del pensamiento jurídico colombiano 1886-1920*. Bogotá: Ibáñez; Depalma; Pontificia Universidad Javeriana, 2011.
- . *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia 1930-1990*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015.

44 Cfr. López Medina, *El derecho de los jueces*.

- . *Revolución, democracia y paz. Trayectorias de los derechos humanos en Colombia 1973-1985*. Valencia: Tirant lo Blanch; Ediciones Uniandes, 2019.
- Gordon, Robert W. "Historias críticas del derecho". En *Historias críticas del derecho*, Morton J. Horwitz *et al.*, 145-268. Bogotá: Ediciones Uniandes; Siglo del Hombre, 2017.
- Holmes Jr., Oliver Wendell. "The path of the law". *Harvard Law Review* n.º 10 (1897): 457-477.
- Horwitz, Morton J. *The transformation of American Law 1870-1960*. Nueva York: Oxford University Press, 1993.
- Horwitz, Morton J., Duncan Kennedy, Robert W. Gordon y Jorge González Jácome. *Historias críticas del derecho*. Bogotá: Ediciones Uniandes; Siglo del Hombre, 2017.
- Karl, Robert. *La paz olvidada*. Bogotá: Lerner, 2018.
- Kennedy, Duncan. *Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico 1850-2000*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- . "Hacia una comprensión histórica de la conciencia jurídica: el caso del pensamiento jurídico clásico en Estados Unidos 1850-1940". En *Historias críticas del derecho*, Morton J. Horwitz *et al.*, 103-43. Bogotá: Ediciones Uniandes; Siglo del Hombre, 2017.
- . *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Ediciones Uniandes; Instituto Pensar; Siglo del Hombre, 1999.
- Lemaitre Ripoll, Julieta. "El amor en los tiempos del cólera. Derechos LGBT en Colombia". *SUR*, 6 (11) (2009): 79-97.
- . *El Estado siempre llega tarde. La reconstrucción de la vida cotidiana después de la guerra*. Buenos Aires: Siglo xx; Ediciones Uniandes, 2019.
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis; Ediciones Uniandes, 2006.
- . *Eslabones del derecho*. Bogotá: Legis; Ediciones Uniandes, 2016.
- Olson, Greta. "De-Americanizing law and literature narratives. Opening up the story". *Law and Literature* 22 (1) (2010): 338-364.
- Peters, Julie Stone. "Law, literature and the vanishing real. On the future of an interdisciplinary illusion". *PMLA* 120 (2005): 442-453.
- Schauer, Frederick. *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2009.
- Skinner, Quentin. "Meaning and understanding in the history of ideas". *History and Theory* 8 (1969): 3-53.
- Smith, Caleb. "Who wouldn't want to be a person? Histories of the present in law and literature". *New directions in law and literature*, editado por Elizabeth S. Anker y Bernadette Meyler, 46-58. Nueva York: Oxford University Press, 2017.

# **El tiempo como asunto de método en la historia del derecho: análisis de la cronología de oleadas temporales\***

Antonio Barreto Rozo

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.480>



## Introducción

Investigar es, en buena medida, un asunto de tiempo. No solo de *tener* tiempo, sino de *comprenderlo* en los distintos pasos o fases que usualmente componen una investigación. Aun así, por importante que sea —evidentemente, sin tiempo no habría labor de investigación alguna para ser emprendida— el tiempo comúnmente pasa “como lo impensado, no por tratarse de algo impensable, sino porque no es pensado o simplemente porque nadie piensa en él”<sup>1</sup>. Por extraño que parezca “las cosas más próximas son, para la mayoría de las gentes, mal miradas y muy raramente estudiadas”<sup>2</sup>, siendo ciertamente el tiempo para el oficio del investigador una de ellas: ¿en qué medida el tiempo es una cuestión de método que debe ser pensada mucho más allá del cronograma de un proyecto de investigación? ¿Qué implicaciones tiene para la metodología de una propuesta de análisis reflexionar acerca de la variable “tiempo”? ¿Los productos de una investigación —un documento, por ejemplo— tienen temporalidades que, de ser apreciadas y contrastadas, podrían darle más dientes y relieve a la tarea investigativa emprendida? ¿Hasta qué punto vale la pena problematizar el tiempo en la metodología de una buena investigación? ¿Es distinto el tiempo de la investigación al tiempo del investigador?

1 François Hartog, *Regímenes de historicidad-Presentismo y experiencias del tiempo* (Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2007), 28. La instrumentalización extrema del tiempo propio llevará siempre consigo la asfixiante sensación de *falta* de tiempo. Pero el tiempo tenderá a ser “desinstrumentalizado” en la medida que las (pre)ocupaciones propias coincidan felizmente con la dedicación a una vocación.

2 Friedrich Nietzsche, *El viajero y su sombra* (Bogotá: Bedout, 1978), 9. Continúa el filósofo alemán: “no saber lo que nos es perjudicial en el orden de la existencia, la división de la jornada, el tiempo y la elección de las relaciones, en el negocio y en el ocio, el mando y la obediencia, las sensaciones de la Naturaleza y del arte, el comer, el dormir y el reflexionar; ser ignorantes en las cosas más mezquinas y corrientes es lo que hace de la tierra, para tantas gentes, un ‘campo de perdición’”.

Estos interrogantes son muy amplios para ser debidamente atendidos en este trabajo. El tiempo mismo —con su carácter persistentemente desbordante— también lo es. Para empezar, no se trata de comparar el “tiempo subjetivo” del investigador —su tiempo *libre* o la manera como *ocupa* el tiempo, por ejemplo, con el “tiempo objetivo” del objeto analizado, sea lo que fuere que ello signifique. En lugar de mantener una división rígida entre el investigador y el objeto investigado, la temporalización reflexiva del estudio permite que sean registradas interacciones entre una y otra orilla aleccionadora para el trabajo de investigación como un todo. Y este es un asunto de método.

Dicho en otras palabras, una buena metodología no es la que abre solo una ventana a la subjetividad del autor, ni tampoco, por contraste, la que únicamente pretende abordar y agotar la comprensión total de un fenómeno dado, sino más bien una que austeramente busque “la divulgación de una posible forma de ver las cosas”<sup>3</sup>. En segundo término, es a través de la metodología de investigación que típicamente el “problema abstracto del tiempo” puede de forma más interesante pasar a convertirse —con gran esfuerzo y dedicación— “en un problema más vivo, el más personal para cada uno de nosotros”<sup>4</sup>. La concreción paulatina y el carácter cada vez más decantado de una propuesta de análisis es algo que solamente se obtiene con el tiempo.

En esta línea de ideas, en este texto busco aterrizar —al avistar la metodología desde una dimensión temporal— la problemática del tiempo del investigador y de la investigación en un terreno que considero menos genérico y abstracto: la narración de buenos relatos temporales o cronológicos en una investigación. Donde sea que resulte empleada, una cronología convincente debería también ser estimada como una cuestión de método, esto es, su uso debería dialogar con la manera como la investigación será llevada a cabo y, sobre todo, con los propósitos que persigue. Sostengo que la cronología de origen y evolución históricamente ha sido el modelo prevaleciente en el campo de la investigación social, ello también se puede constatar en varias formas de reportar la trayectoria de reforma constitucional de distintos países latinoamericanos, contexto que servirá para ilustrar varios de los puntos analizados. Su predominio la ha convertido en blanco de numerosas críticas, de las cuales resalto la creencia en que el relato temporal es típicamente lineal y ascendente. De allí que hayan surgido narrativas temporales alternativas, como el marco ondular y entreabierto de la cronología de oleadas temporales, ciertamente reminiscente de las oscilaciones siempre presentes en las olas del mar.

3 Paul Ricoeur, “The model of the text: Meaningful action considered as a text”, en P. Rabinow y W. M. Sullivan (eds.), *Interpretative social science: A reader* (Berkeley: University of California Press, 1979), 92.

4 Juan Camilo Rodríguez, *Tiempo y ocio. Crítica de la economía del trabajo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992), 41.

Con todo, defiendo que resulta ser una postura demasiado confiada la que considera a la cronología de origen y evolución un modelo completamente superado, en particular, si se tiene en cuenta el “impulso de cierre” que suele caracterizar a los relatos cronológicos (parte 1). Afrontar adecuadamente el impulso de cierre en la construcción de relatos cronológicos supone no solo adelantar una reflexión de la visión tradicional de la cronología de oleadas temporales, sino además una revisión —quizás extendida en el tiempo— de esta (parte 2). En lo que sigue desarrollaré las dos partes planteadas.

## **La cronología de origen y evolución: ¿un modelo definitivamente superado?**

Improntas propias del predominio de la modernidad, tales como *civilización, evolución o progreso* —así como sus nociones antípodas, a saber, *salvaje, retroceso o decadencia*— evocan el fuerte impacto que tuvo la revolución darwiniana en el mundo de las ciencias sociales, donde resulta evidente la equiparación —o mejor aún, la identificación— del progreso social con la evolución biológica<sup>5</sup>. La narrativa cronológica presente en este destacadísimo cuerpo de conocimientos es lineal en la medida que la unidad temporal dada —ya sea periodos, fases, etapas o incluso procesos— irremediamente va de un punto a otro, esto es, *va y sigue* en un avance que puede o no llegar a agotarse en un punto final; también es ascendente en tanto se asume que el estadio subsiguiente es más avanzado que el anterior en una carrera de naturaleza claramente evolutiva. En el siglo XVIII, historiadores como Herder segmentaron la historia de la humanidad en fases de evolución social que evocaban los procesos biológicos de nacimiento y reproducción, creando un visible precedente de lo que sería considerado una “historia universal”<sup>6</sup>. En el siglo XIX, científicos sociales como el antropólogo Lewis Henry Morgan interpretaron la evolución de las sociedades antiguas como un paso del ser salvaje al bárbaro, y de este al sujeto civilizado<sup>7</sup>; o pensadores sociales tan influyentes como Herbert

5 Para un análisis exhaustivo de los peligros que ha suscitado desde su aparición moderna la astuta y cautivadora idea de la evolución, véase el manuscrito del filósofo de la ciencia Daniel Dennett, *Darwin's dangerous idea. Evolution and the meanings of life* (Nueva York: Touchstone Edition-Simon & Schuster, 1995).

6 Véase Johann Gottfried Herder, *Filosofía de la historia para la educación de la humanidad* (Buenos Aires: Nova, 1950 [1774]), e *Ideas para una filosofía de la historia de la humanidad* (Buenos Aires: Losada, 1959 [1784-1791]).

7 Las sociedades salvajes se caracterizan por conquistas como el dominio del fuego, las bárbaras por invenciones como el cultivo de riego y las civilizadas por avances como el uso del alfabeto. Véase Lewis Henry Morgan, *Ancient society* (Chicago: Charles H. Kerr & Company, 1877), 12. Ha sido mencionado que la secuencia evolucionista del estadounidense Morgan fue retomada por Engels y Marx, en especial, en su comprensión de las sociedades antiguas. Véase, por ejemplo, Salvador Schavelzon,

Spencer o Augusto Comte llegaron a explicar la moralidad del individuo moderno en clave con el proceso evolutivo racional-científico del ser humano<sup>8</sup>.

Spencer, en particular, precisa que las comunidades cambian según las diferencias que muestren en términos de funciones e instituciones: aquellas con mayor grado de composición o de articulación se encontrarán en mejor posición para controlar su entorno e incluso —de llegar a ser necesario— para doblegar a las agrupaciones rivales. Por ello diferencia las sociedades de corte “castrense” (*militant societies*) de aquellas de tipo “industrial” (*industrial societies*), señalando que la historia de la humanidad ha puesto en evidencia que las sociedades mejor articuladas han evolucionado de una fase castrense a otra más sofisticada de tipo industrial<sup>9</sup>. Pero no todo aquí es un asunto de evolución. También se trata de una cuestión de origen. La narrativa temporal del evolucionismo dedica aspectos importantes de su propuesta teórica al cuestionamiento —también de estirpe profundamente darwinista— del origen de las especies<sup>10</sup>. No por casualidad diversos pensadores de este cuerpo de conocimiento ubican el origen de la humanidad en entornos y líneas de parentesco como la familia<sup>11</sup>. Consiste, así, en un genuino relato cronológico de origen y evolución.

En el caso del constitucionalismo latinoamericano, este tipo de narrativas pueden ser rastreadas en planteamientos que, por ejemplo, aspiran al “perfeccionamiento de nuestros sistemas constitucionales”<sup>12</sup> o en marcos de análisis que insisten en ubicar “los sistemas político más exitosos de la

---

*El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente* (La Paz: Clacso; Plural Editores; Cejís; IWGIA, 2012), 14-15.

- 8 Sobre la evolución Spencer dictamina: “The process of Evolution which has gradually modified and advanced men's conception of the Universe, will continue to modify and advance them during the future. The ideas of Cause and Origin, which have been slowly changing, will change still further. But no changes in them, even when pushed to the extreme, will expel them from consciousness; and hence there can never be an extinction of the correlative sentiments.” Herbert Spencer, *The study of sociology* (Estados Unidos: Ann Arbor Paperbacks; The University of Michigan Press, 1961 [1874]), 282.
- 9 Spencer precisa sobre el particular: “Centralized control is the primary trait acquired by every body of fighting men [...] And this centralized control, necessitated during war, characterizes the government during peace. Among the uncivilized there is a marked tendency for the military chief to become also the political head (the medicine man being his only competitor); and in a conquering race of savages his political headship becomes fixed. In semi-civilized societies the conquering commander and the despotic king are the same, and they remain the same in civilized societies down to late times [...] few, if any, cases occur in which societies [...] have evolved into larger societies without passing into the militant type.” Herbert Spencer, *Principles of sociology* (Londres: Macmillan, 1969 [1896]), 117, 125.
- 10 Véase Charles Darwin, *The origin of species* (Oxford: Oxford University Press, 1996 [1859]).
- 11 Véase, por ejemplo, Morgan, *Ancient society*, 3-12.
- 12 Jorge Carpizo, “Tendencias y perspectivas del constitucionalismo contemporáneo en América Latina: algunos problemas de la democracia en América Latina”, en José María Serna de la Garza, coord., *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009), 631.

región”<sup>13</sup>. El problema de este tipo de aproximaciones radica en su afán por concluir y cerrar aquello que a menudo sigue a la espera de ser probado: ¿en realidad fue *ahí* el origen de la humanidad? ¿Es *este* en verdad el sistema político más exitoso de la región latinoamericana? ¿En qué sentido obtener este estado de cosas lo convierte en uno *más perfecto* que aquel? Es grande —y muy atractivo— el impulso de cierre que suele acompañar a varios de los enunciados de la narrativa de origen y evolución, como en general es grande —y muy atractivo— el impulso de cierre que va aparejado a la búsqueda de la verdad misma.

La historia ciertamente no se encuentra exenta de este impulso:

Un fenómeno histórico pura y completamente conocido, así como reducido a ser un fenómeno cognoscitivo es, para quien lo conoce de esta forma, algo muerto [...] La historia, pensada como ciencia pura y convertida en soberana, sería para la humanidad una especie de conclusión de la vida, un ajuste final de cuentas<sup>14</sup>.

En el campo de la historia y la memoria ha sido analizado el “deseo de cierre total” como elemento constitutivo no solo de la memoria<sup>15</sup> sino del lenguaje como tal<sup>16</sup>. Y frente a tal impulso, por supuesto, en historia puede registrarse el arrastre contrario:

El movimiento histórico de la vida humana consiste en el hecho de que no está nunca totalmente enlazada a ningún punto de vista y, por lo tanto, nunca puede tener un horizonte verdaderamente cerrado. El horizonte es, más bien, algo en lo que nos movemos y que se mueve con nosotros<sup>17</sup>.

13 Fabrice Lehoucq, “Constitutional design and democratic performance in Latin America”, *Documentos de trabajo CIDE* (diciembre 2005): 1.

14 Friedrich Nietzsche, *Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida [II Intempestiva]* (Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1999 [1874]), 51.

15 Norman Spaulding, por ejemplo, refiere al “elemento letárgico (*lethean element*)” de toda memoria —presente con especial crudeza en casos de atrocidades masivas—, esto es, el deseo de cierre total con lo pasado y de relectura del caos a partir de un cierto orden normativo. En la mitología griega el río Letes —uno de los cinco del reino de Hades— se asociaba al olvido o letargo eterno. Véase Norman Spaulding, “Resistance, countermemory, justice”, *Critical Inquiry*, 41 n.º 1 (otoño 2014): 150.

16 Señala al respecto el filósofo francés Merleau-Ponty: “Lo maravilloso del lenguaje es que promueve su propio olvido: mis ojos siguen las líneas sobre el papel y, desde el momento en que soy atrapado por su significado, las pierdo de vista”. Maurice Merleau-Ponty, *Phenomenology of perception* (Londres: Routledge and Kegan Paul, 1962), 401.

17 Hans-Georg Gadamer, *Truth and method* (Nueva York: Crossroad Publishing Company, 1986), 271. Son distintos los cuerpos de conocimiento en los que la simbiosis constante entre elementos, total o parcialmente contrarios, impide el cierre total de la pugna en favor de alguno de ellos. Véase por ejemplo las relaciones entre lo apolíneo y lo dionisiaco en Friedrich Nietzsche, *El nacimiento de la tragedia* (Madrid: Alianza, 1997 [1886]), 58 ss., o entre Eros y Tánatos en Herbert Marcuse, *Eros y civilización* (Barcelona: Ariel, 1989 [1953]), 30 ss.

¿Son las narrativas cronológicas texturas completamente cerradas o completamente abiertas? ¿Hay marcos cronológicos más cerrados —o más abiertos— que otros? Sostengo que para el caso de los dos marcos cronológicos comparados aquí —por un lado, el de origen y evolución, y por otro, el de oleadas temporales— la narrativa de origen y evolución lleva consigo un impulso de cierre muchísimo más marcado. Ello es así porque transita por una línea —es *lineal*— en la que la unidad temporal respectiva —fase, periodo, etc.— tiende a cerrarse o a agotarse para avanzar de un punto a otro, esto es, *va y sigue* en una trayectoria lanzada hacia una meta final. La cronología de oleadas temporales, por contraste, tiende a llevar en su ritmicidad un impulso de cierre menos marcado en la medida que es *cíclica*, es decir, su recorrido *va y vuelve* como una ola, abriendo y revisitando puntos que, desde el avance evolutivo-lineal, se darían por netamente superados. Así, el armazón preponderantemente lineal y cerrado de la narrativa evolutiva debe diferenciarse del marco preferentemente ondular y semiabierto de la cronología de oleadas temporales. No por casualidad el relato cronológico evolutivo tiende a exhibir un comienzo u origen, un desarrollo y un final en una *línea* de tiempo. Una operación, que si bien es posible desde la trayectoria *cíclica* de las oleadas, no tendría sentido o al menos no el mismo propósito en un discurrir que resulta mucho más circular y recurrente, ¿*dónde comienza y dónde termina* un oleaje o una marejada particular? ¿Dónde una oleada temporal concreta?<sup>18</sup>.

Dicho esto, ¿qué hacer con estos dos referentes cronológicos? Ante el predominio histórico del relato de origen y evolución en las ciencias sociales, considero adecuado tomar distancia crítica desde orillas como la de las oleadas temporales para hacerse preguntas que en dicho marco parecerían darse por descontadas: por ejemplo ¿por qué aceptar que este sistema político, sin más, es el más exitoso? ¿En realidad es más evolucionado y, por tanto, más perfecto que los demás? Es sano, en este tipo de cuestionamientos, tomar distancia del impulso de cierre de la narrativa evolutiva para abrir y visitar aspectos que se consideraban saldados. No obstante, ¿esto significa que debemos considerar postizo y superado el relato de origen y evolución? No es tan fácil ya que, como fue mencionado, el impulso de cierre se encuentra estrechamente enlazado a la pulsión de la búsqueda de la verdad en general, para bien y para mal. Esto es, creemos —y necesitamos— que *esto* sea verdad, por distintas razones, muchas de ellas vitales. Baste con decir, en este complejo terreno, que el predominio histórico del impulso de cierre de narrativas como la evolutiva hace pasar por alto aspectos que bien merecen ser cuestionados

18 Por dificultades de este tipo, pensadores como Agamben han renunciado del todo a explicar las cosas a partir de su origen: "Mi método es arqueológico y paradigmático [...] no para reencontrar un estado cronológicamente originario sino, por el contrario, para poder comprender la situación en la cual nos encontramos". Giorgio Agamben, *Estado de excepción. Homo sacer*, II, 1 (Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2004), 12.

y revisitados, tarea para la cual el marco cronológico de oleadas temporales se encuentra mejor preparado. En esta medida, la vocación de cierre, lineal y ascendente del referente evolutivo debe ser resistida en los principales segmentos que ocupa de la línea cronológica de tiempo, a saber, en su origen, desarrollo y fin. Paso por ello a ejemplificar impulsos de cierre en cada uno de estos segmentos —inicio, desarrollo y final de una línea cronológica dada— para ilustrar el tipo de presunciones que deben ser resistidas, cuestionadas y revisitadas desde aproximaciones cronológicas como aquella de las oleadas temporales.

Con relación al impulso de cierre en los puntos iniciales de cronologías jurídicas, uno de los ejemplos más ilustrativos es la serie de narrativas que han intentado remontar —o cerrar— el origen de la tradición jurídica occidental en los cánones del derecho romano<sup>19</sup>. De hecho, de allí proviene la idea jurídico-política de “fundación” —crucial en los segmentos iniciales de las cronologías constitucionales modernas<sup>20</sup>—, la cual encierra consigo la existencia de pactos iniciales que a su turno encierran consigo la manifestación inicial de voluntades de una comunidad política, esto es, el consentimiento pleno de los gobernados en la concepción y construcción de un sistema político determinado. En el campo de la hermenéutica jurídica, el impulso de cierre en los puntos inaugurales de cronologías constitucionales ha conducido al auge de concepciones originalistas<sup>21</sup>, las cuales buscan leer los consensos y los disensos —los encuentros y los desencuentros— de los coasociados solo a partir de la voluntad de los fundadores del aparato político —usualmente expresada a través de constituciones escritas—, aproximación que desde la mitad del siglo xx —y hasta el día de hoy— ha recibido numerosas críticas<sup>22</sup>. Por su parte, en el constitucionalismo latinoamericano reciente también se constatan trazos de cierre en los puntos iniciales de la línea cronológica. Así, de forma bastante polémica han sido calificadas las constituciones de Colombia de 1991 y de Ecuador de 1998 como las primeras que introdujeron

19 Para un análisis crítico de la tendencia tradicional que remonta la familia jurídica occidental a sus orígenes en el derecho romano, véase Pier Giuseppe Monateri, “Gayo el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental”, en *La invención del derecho privado* (Bogotá: Ediciones Uniandes; Instituto Pensar; Siglo del Hombre, 2006), 95-149.

20 La noción de *fundación* propia de la política y el derecho romano ha ejercido un impulso particular en la tradición jurídica occidental. Para un análisis de su impacto desde la filosofía política, véase Hannah Arendt, “What is authority?”, secciones i-iv, en *Between past and future. Eight exercises in political thought* (Nueva York: The Viking Press, 1968 [1954]), 91-128.

21 Véase, por ejemplo, en el caso del contexto estadounidense, H. Jefferson Powell, “The original understanding of original intent”, *Harvard Law Review* 98 (1985): 885. A propósito del famoso caso de desegregación racial *Brown v. Board of Education*, véase Alexander Bickel, “The original understanding and the segregation decision”, *Harvard Law Review* 69 (1955): 1, y Michael McConnell, “Originalism and the desegregation decisions”, *Virginia Law Review* 81 (1995): 947.

22 Véase, por ejemplo, Mark Tushnet, “Following the rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles”, *Harvard Law Review* 96 (1983): 781, y Daniel Farber, “The originalism debate: A guide for the perplexed”, *Ohio State Law Journal* 49 (1989): 1085.

avances sobre garantía de derechos fundamentales y preocupaciones que más adelante serían incorporadas en otras reformas constitucionales de la región<sup>23</sup>.

Respecto al impulso de cierre en los puntos intermedios o en el desarrollo de cronologías jurídicas, quizás uno de los modelos cronológicos más conocidos en el derecho reciente es el que divide la historia constitucional de países como Estados Unidos en “momentos constitucionales”<sup>24</sup>. Se trata de un puñado de coyunturas extendidas a lo largo de una línea de tiempo —ciertamente con un inicio o fundación, pero, lo que es relevante, con un desarrollo guiado por puntuaciones discretas de avance—, caracterizadas como situaciones constitucionales extraordinarias —una suerte de picos que descollan en un *continuum* ordinario de la vida política y jurídica— en materia, por ejemplo, de intensa participación política o de cierre de consensos políticos difíciles pero cruciales y profundos en la sociedad analizada. Estos selectos puntos intermedios de cierre —en una extendida meseta de desarrollo cronológico ordinario— han sido blanco de críticas, entre ellas, saber si distintos cambios o revoluciones interpretativas de la constitución en verdad pueden acotarse dentro de los estrictos límites temporales de un momento constitucional y, estrechamente relacionado, si en realidad es factible determinar cuándo se está ante un momento constitucional que revolucione una interpretación de la constitución y eche a andar un paradigma genuinamente nuevo<sup>25</sup>. En el constitucionalismo latinoamericano el impulso de cierre en las partes intermedias de cronologías constitucionales puede atestiguararse en aquellas narrativas que claman por el resurgimiento de la tradición del “constitucionalismo clásico”<sup>26</sup> en la región, donde se percibe la idea de un derecho público clásico —que ciertamente ya inició y en algún punto se consolidó— al que ha de volverse tanto como sea posible en el desenvolvimiento institucional de las sociedades subcontinentales.

23 Véase William Ortiz y Ricardo Oviedo, eds., *Refundación del Estado nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina* (Medellín: Universidad Nacional de Colombia, 2009), 27-28. También se señala que el proceso constitucional colombiano emprendido con la iniciativa estudiantil de la séptima papeleta fue el inicio de un conjunto de reformas constitucionales en toda la región latinoamericana, generando un nuevo consenso para consolidar la democracia y alterando también la dialéctica de la derecha y la izquierda tradicionales (*Ibid.*, 165). En esta suerte de romantización de la reforma colombiana de 1991 se enuncia que se pasó de un estado escasamente interventor a un estado fuerte, de una forma centralista a escenarios de descentralización política y de la intrascendencia del ciudadano común a una oleada creciente de participación ciudadana (*Ibid.*, 166).

24 Bruce Ackerman, *We the people. Foundations*, vol. I (Cambridge: Harvard University Press, 1991).

25 Véase Roberto Gargarella y Christian Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes* (Santiago de Chile: Cepal-Asdi, 2009), 15.

26 Relatoría, “Relatoría seminario internacional sobre procesos constituyentes contemporáneos en América Latina: Tendencias y perspectivas”, en José María Serna de la Garza, coord., *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009), 641.



Finalmente, el impulso de cierre en la parte final de cronologías de relevancia jurídica y constitucional toma lugar en aquellos casos donde lo que termina clausurándose, de uno u otro modo, es la extensión de la línea cronológica misma. Con el fin formal del periodo de la Guerra Fría a finales del siglo pasado, por ejemplo, se constató —con preocupación, para algunos, y con admiración, para otros— el predominio indisputado de una de las dos superpotencias —Estados Unidos— llegándose a pensar que las luchas de ideologías contrapuestas habían alcanzado un punto de inflexión que vaticinaba su desaparición completa sobre la faz de la tierra. Sin duda, el relato más conocido en ese entonces fue el que pronosticó “el fin de la historia”<sup>27</sup>, dado el auge sin par y sin igual que desde esta aproximación había alcanzado la democracia liberal en las sociedades contemporáneas. En un tono rayano con lo utópico se señalaba que la democracia liberal moderna en realidad constituía la forma última de todo gobierno humano y, por tanto, con esta y a través de ella, había sido alcanzado el fin de la historia<sup>28</sup>. El contexto latinoamericano no está exento de este impulso conclusivo en materia constitucional. Como ilustración se puede ofrecer la postura que registra el caso boliviano —esto es, el muy difícil camino que llevó a la adopción de la Constitución del 2009— como la “evolución última”<sup>29</sup> y más perfecta del avance del nuevo constitucionalismo en la región andina. Así, si se comparan en países como Venezuela, Colombia y Ecuador distintos elementos del sistema político como la democracia participativa, la soberanía popular, la constitucionalización de la economía o la integración con América Latina, esta orientación nos señala que la combinación final y más madura fue conquistada en el accidentado proceso de cambio constitucional boliviano.

Como se ve, aun cuando varias de las ejemplificaciones ofrecidas no necesariamente se pueden calificar como cronologías de origen y evolución en estricto sentido, lo cierto es que sí exhiben —en distintos puntos del recorrido cronológico— marcados impulsos de cierre reminiscentes de la tracción de cierre, lineal y ascendente propia de la narrativa evolutiva. Aquí no se trata de afirmar que la cronología de oleadas temporales no tenga impulso de cierre alguno. Ciertamente lo tiene, y seguridad emparentada en modos diversos con el fuerte empuje de cierre que caracteriza al marco temporal evolutivo, razón misma por la que he advertido como postura demasiado confiada aquella que asume al referente de evolución

27 Francis Fukuyama, *El fin de la historia y el último hombre* (Ciudad de México: Planeta, 1992).

28 Al respecto se pregunta François Hartog: “¿existe acaso [...] una historia universal del hombre? Según Fukuyama, la respuesta es afirmativa; empero, añade en seguida, es una historia terminada.” Hartog, *Regímenes de historicidad*, 37.

29 El antropólogo Salvador Schavelzon refiere que Rubén Martínez Dalmau, asesor del MAS —partido político que llevó a la presidencia a Evo Morales— en la asamblea constituyente, en efecto ubicó el caso boliviano como la evolución última del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Véase Schavelzon, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, 14.

y origen como una doctrina completamente superada y mandada a recoger. Sostengo, en cambio, que el impulso de cierre de la cronología de oleadas temporales es muchísimo menos fuerte que el usualmente presente en el relato cronológico evolutivo, aspecto que la ubica en mejor terreno para cuestionar, rumear y revisitar diálogos y trasuntos tenidos como asunto saldado y concluido por la semblanza evolutiva. En lo que sigue examinaré en mayor detalle la propuesta cronológica de oleadas temporales con la expectativa de poder afilar algunos de sus presupuestos.

## Revisión de la cronología de oleadas temporales

El ámbito constitucional ha visto en uno de sus nichos, el del cambio constitucional (*constitution-making*), uno de los terrenos más fértiles para la enunciación de relatos cronológicos de distinto tipo. No es sorprendente que así sea, ya que las reformas o cambios constitucionales que experimentan las instituciones de un país determinado, suelen ser narradas a lo largo de trayectorias cronológicas que explican el sentido de aquello que está siendo reformado y del nuevo estado de cosas que tomará su lugar. En las últimas décadas del siglo xx tomó mucha fuerza la idea de que los sistemas políticos se transforman a lo largo de oleadas de cambio constitucional (*waves of constitution-making*). Para dejar en evidencia este punto, cito *in extenso* una de las descripciones más escuetas y abarcadoras sobre el particular:

El cambio constitucional tiende a ocurrir por oleadas. Desde el siglo xviii hasta el día de hoy, uno puede identificar al menos siete de esas oleadas: [1] el reformismo constitucional moderno inició a finales del siglo xviii. Entre 1780 y 1791, fueron escritas varias constituciones en diferentes estados de lo que sería Estados Unidos, en Estados Unidos como tal y en países como Polonia y Francia. [2] La siguiente oleada surgió como secuela de las revoluciones de Europa de 1848. Si se cuentan todos los estados pequeños de Alemania e Italia, hubo revoluciones en más de quince territorios, muchos de los cuales adoptaron nuevas constituciones [...] [3] Una tercera oleada se abrió paso luego de la Primera Guerra Mundial. Los recién creados —o reconstruidos— estados de Polonia y Checoslovaquia redactaron sus constituciones. El derrotado estado de Alemania adoptó la constitución de Weimar. [4] Luego, la cuarta oleada ocurrió después de la Segunda Guerra Mundial. Las naciones vencidas —Japón, Alemania e Italia— expidieron sus propias constituciones bajo el control más o menos estricto del Poder Aliado. [5] Una quinta oleada tomó lugar en relación con la ruptura de los imperios coloniales francés e inglés. Empezó con la India y Pakistán en los años 1940, pero el proceso no asumió una fuerza determinante sino hasta la década de 1960. En muchos casos, las nuevas constituciones

tomaron como modelo cercano aquellas de los viejos poderes coloniales [...] [6] La siguiente ola está conectada con la caída de las dictaduras en Europa del sur a mediados de los años 1970. Entre 1974 y 1978, Portugal, Grecia y España adoptaron nuevas constituciones democráticas. [7] Finalmente, numerosos países excomunistas de Europa central y del este redactaron nuevas constituciones después del desmoronamiento del comunismo en 1989. Aun cuando no tengo la cuenta exacta, deben haber surgido dos docenas de constituciones nuevas en la región<sup>30</sup>.

El auge de la descripción cronológica del cambio constitucional mediante el marco de oleadas temporales se puede observar no solo en el nivel global, sino también en otras escalas de análisis como es el caso de América Latina. Así, por ejemplo, ha sido destacada

la centralidad que tuvo la “cuestión indígena” en el constitucionalismo [latinoamericano] desde finales del siglo xx hasta el día de hoy [...] si la primera oleada de reformas constitucionales importantes, del comienzo del siglo xx, se distinguió por su énfasis en la “cuestión social”, esta segunda oleada, de finales de siglo (y con todas sus variantes), estuvo especialmente marcada por la “cuestión indígena”<sup>31</sup>.

Las oleadas no solo reflejan una ritmicidad o un tiempo determinado —en distinta escala— sino también tendencias en la forma de hacer gobierno, por lo cual, por caso, se ha hecho mención a “oleadas de democratización”<sup>32</sup> o también a “nuevas oleadas de constitucionalismo”<sup>33</sup>.

30 Jon Elster, “Forces and mechanisms in the constitution-making process”, *Duke Law Journal* 45 (1995-1996): 368-369 [La traducción es mía, al igual que las siguientes]. En otro espacio, Elster identifica como olas de cambio constitucional “la de finales del siglo xviii, la posterior a la revolución de 1848, las subsecuentes a la Primera y Segunda Guerra Mundial, la de los nuevos estados africanos liberados en los años 1960, y la de la caída de las dictaduras de Europa del sur a mediados de la década de 1970”. Jon Elster, “Making sense of constitution-making”, *East European Constitutional Review* 1 (1992): 15. Véase también Jon Elster, “Arguing and bargaining in two constituent assemblies”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 2 (1999-2000): 346.

31 Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* (Buenos Aires: Katz, 2014), 322. También, al contrastar el constitucionalismo liberal-conservador con el constitucionalismo más radical de la región, se ha precisado que “casi todas las constituciones latinoamericanas resultaron modificadas, en la primera oleada del reformismo constitucional aparecida en el siglo xx, a los fines de incorporar instituciones que eran propias del modelo constitucional antes desplazado, en particular derecho sociales: derechos de los trabajadores, respaldo a las organizaciones sindicales, protecciones para los más pobres [...] Una historia similar puede contarse en relación con la introducción de cláusulas participativas, sobre todo en la segunda oleada importante de reformas constitucionales, en el siglo xx”. Gargarella y Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, 25.

32 El año de 1978 “constituye el inicio de la última oleada de democratización en la región [latinoamericana]”. Gabriel Negretto, “The durability of constitutions in changing environments: A study on constitutional stability in Latin America”, *Documentos de Trabajo AIDE* (diciembre 2007): 15.

33 “Si la nueva constitución de Zimbabue exhibía el legado de la descolonización, los procesos constitucionales de Namibia y Sudáfrica, en cambio, reflejan un nuevo momento internacional. Este

Se trata de reverberaciones o impulsos históricos de gran magnitud que parecen arrastrar raudales de sinergias que chocan entre sí y con cuerpos extraños —como el vaivén fluctuante y vacilante de las olas de mar—, en un avance que en efecto tiene un desenlace al irse disipando hasta alcanzar la orilla —siempre hay una franja costera para una marcha de olas— pero que evidentemente en su propagación ondular se resiste a tener una estela definitiva o un punto final.

Ahora bien, ¿hay solo un marco conceptual a partir del cual comprender la cronología de oleadas temporales? Lo dudo mucho —iría en contravía del carácter irregular, entreabierto y cambiante propio del movimiento de las olas—, pero eso no significa que cualquier aproximación teórica y metodológica sea adecuada y pertinente para explicar este sinuoso campo. Por lo pronto, quisiera sostener que es factible identificar una cronología *tradicional* de oleadas temporales, la cual busco revisitar en este escrito con miras a obtener una cronología *revisada* de dicho marco. Afirmo, además, que la versión así revisada —la cual, a su turno, tendrá que continuar siendo revisada en distintos puntos de su trayectoria—, lo es, entre otros motivos, debido a que busca afrontar su impulso de cierre de mejor forma.

En efecto, entre sus diversos rasgos, vale la pena destacar dos del relato tradicional de las oleadas temporales. El primero, echando mano de la noción kuhneana de paradigma, consiste en identificar las oleadas temporales con constelaciones de macrosucesos que discurren como enormes corrientes de impulso y transformación. Las narrativas globales, por ejemplo, tienden a ofrecer este tipo de metadescripciones dirigidas a explicar eventos y fenómenos de gran envergadura. Kuhn —en un campo distinto pero relacionado con el de la investigación social, el de la filosofía de la ciencia— sostuvo que el concepto de paradigma podía ser entendido de dos maneras diferentes:

Por una parte, representa toda la constelación de creencias, valores y técnicas compartidos por todos los miembros de una comunidad dada. Por otra parte, denota un tipo de elemento en esa constelación, la solución concreta a un rompecabezas que, empleada como modelo o ejemplo, puede reemplazar reglas explícitas como base para la solución del rompecabezas restante de la ciencia normal<sup>34</sup>.

Así como el paradigma kuhneano funge o bien como una constelación —de un estado determinado de cosas— o bien como un elemento de esa constelación, las oleadas temporales pueden ser vistas como

---

momento ha sido visto como una nueva oleada de constitucionalismo". Heinz Klug, "Participating in the design: Constitution-making in South Africa", *Review of Constitutional Studies* 3 (1996): 31.

34 Thomas S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions* (Chicago: University of Chicago Press, 1970), 175.

constelaciones —de sucesos y fenómenos— o como los elementos diversos que se desenvuelven en ellas. La saga tradicional de oleadas temporales se inclina más por el primer sentido en detrimento del segundo, cayendo en metarrelatos que dejan abiertas preguntas cruciales para comprender en mayor detalle la problemática bajo estudio, p. ej., ¿qué sujetos estuvieron allí involucrados? ¿Por qué hicieron lo que hicieron y qué consecuencias se siguieron?, etc.

El segundo rasgo se encuentra relacionado con la conocida diferencia —en cuestión histórica— entre análisis diacrónico y análisis sincrónico de un fenómeno dado. “El análisis diacrónico es el estudio del cambio con el paso del tiempo; el análisis sincrónico estudia la organización de un fenómeno en un momento específico”<sup>35</sup>. La cronología tradicional de oleadas termina trazando una firme línea entre estas dos aproximaciones, como si se tratara de compartimentos aislados sin nexo o vaso comunicante alguno. En estrecha relación con el rasgo anterior, una mirada diacrónica que busque ignorar del todo el referente sincrónico tenderá a ver el fenómeno “como un todo”, deslizándose hacia el terreno de los metarrelatos criticado. Y no solo eso. En el otro costado de la ecuación, la cronología tradicional de oleadas temporales puede acabar asumiendo —incluso por no tenerlo como un punto de mención o de discusión— que la fluctuación sincrónica y siempre cambiante del oleaje temporal ocurre sobre una estructura diacrónica fija.

No obstante, esta presunción tampoco es cierta. Giddens, al revisar cómo los sujetos se desenvuelven en sociedad, menciona dos maneras distintas de entender el concepto de *estructura social*: por una parte, la estructura se puede entender como la manera en que las interacciones de los miembros de una sociedad se moldean entre sí, y por otra, puede comprenderse como las relaciones fijas de las partes de un todo, parecidas a la “anatomía de un cuerpo o las vigas de un edificio”<sup>36</sup>. ¿Las oleadas temporales oscilan sobre una estructura de relaciones fijas, digamos, sobre las partes de un todo parecido al colosal lecho en el que se asienta el agua salada de mar? La versión tradicional tenderá a no prestar atención a la advertencia enunciada por Ricoeur acerca de “la tendencia general del análisis estructural de ‘descronologizar’ la narrativa, es decir, de reducir sus aspectos temporales a propiedades formales subyacentes”<sup>37</sup>, como si ciertamente se tratara de relaciones fijas de las partes de un todo.

Para no terminar descronologizando la narrativa resulta más apropiado concebir que el vaivén sincrónico del oleaje temporal se desenvuelve

35 Martin Packer, *La ciencia de la investigación cualitativa* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2013), 120.

36 Anthony Giddens, *Central problems in social theory: Action, structure and contradiction in social analysis* (Berkeley: University of California Press, 1979), 62.

37 Paul Ricoeur, “The narrative function”, en *Hermeneutics and the human sciences*, ed. J. B. Thompson (Cambridge: Cambridge University Press, 1981), 281-282.

sobre una estructura diacrónica también tornadiza y variable, sobre la cual se mueven las olas en tanto ella también se mueve con ellas. En un asunto diferente, pero en todo caso relacionado —la interrelación de creencias empíricas sólidas, como las proposiciones lógicas o matemáticas, con otro tipo de creencias menos asentadas, como por ejemplo las proposiciones axiológicas— Wittgenstein pone énfasis en que es menester diferenciar “entre la agitación del agua en el lecho del río y el desplazamiento de este último, por mucho que no haya una distinción precisa entre una cosa y la otra”<sup>38</sup>. Ello es así porque las proposiciones empíricas más firmes “se solidifican y funcionan como un canal para las proposiciones empíricas que no están solidificadas y fluyen [...] [relación esta que] cambia con el tiempo, de modo que las proposiciones que fluyen se solidifican y las sólidas se fluidifican”<sup>39</sup>. Algo semejante podría decirse de las oleadas temporales al contemplarlas desde el eje de la diacronía/sincronía, donde el lecho estructural, solidificado y diacrónico funciona como canal de olas sincrónicas ciertamente fluctuantes y líquidas, solo en la medida en que con el paso del tiempo lo allí fluido eventualmente se solidificará como cauce a la vez que el cauce sólido tenderá a fluidificarse en distintas partes de su marcha. Se sigue de esta dinámica que tanto el análisis de un fenómeno específico —a saber, una oleada temporal en un momento dado (enfoque sincrónico)— como el estudio de la variabilidad —o invariabilidad— de su estructura con el paso del tiempo (enfoque diacrónico), son ambos planos mutables y simbióticos que se retroproyectan y retroalimentan de forma continua<sup>40</sup>.

Esta cadena de ideas ilustra el tipo de rutas disponibles para revisar la cronología tradicional de oleadas temporales y orientarse así hacia una versión revisada de esta. Cabría agregar dos rasgos adicionales en esta iniciativa, particularmente útiles para afrontar de mejor forma el impulso de cierre analizado atrás. Primero, un marco revisado de oleadas no solo debe atender las continuidades presentes en las corrientes rastreadas, sino también las rupturas existentes en las trayectorias y decursos de

38 Ludwig Wittgenstein, *Sobre la certeza* (Madrid: Gredos, 2009 [1969]), § 97.

39 *Ibid.*, § 96.

40 Este abordaje puede ser calificado como constructivista, en una línea de pensamientos que se remonta al filósofo Hegel, véanse, por ejemplo, los capítulos “A. Conciencia” y “B. Autoconciencia” de su *Fenomenología del espíritu* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1993 [1807]), en los que “el conocimiento es constituido, pero donde el sujeto por conocer y el objeto conocido también son constituidos”. Packer, *La ciencia de la investigación cualitativa*, 204. En otro espacio, donde la problemática analizada es el vínculo del historiador con sus fuentes de estudio, sostuvo una postura constructivista y antiinstrumentalista semejante en su forma a la acá esbozada, al subrayar “una retroalimentación entre la fuente y el historiador, que disipa la separación radical entre sujeto y objeto entablada desde el instrumentalismo [...] [en la medida que] en la interrelación entre las fuentes y el historiador éste las afecta y las moldea tanto como aquéllas lo afectan y lo moldean a él”. Antonio Barreto Rozo, *Venturas y desventuras de la Regeneración. Apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo xx*, Colección Historia y Materiales del Derecho (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011), 31, 33.

cada tendencia o en la conjunción de tendencias afines o contrapuestas. Cuestionar los arreglos asumidos como hechos cumplidos —en los que el impulso de cierre se muestra en su máxima expresión— tiene como su terreno fértil, más que lo fijo y lo perdurable, el tamiz del contraste, la fractura, la ruptura, la discontinuidad o la disyunción. Foucault, en su ánimo de construir una arqueología para explorar las redes epistémicas —o sistemas de conocimiento— predominantes en las ciencias humanas, precisó que la historia tradicional intenta expulsar —con fortísimas dosis de cierre, añadiría yo— la discontinuidad para exhibir en su lugar una narrativa llana y continua. En reacción a ello, propuso acudir a la arqueología como tipo de historia en la que el problema no sea “de trazar una línea, sino de división, de límites; ya no es más un problema de cimientos perdurables, sino de transformaciones que sirven de nuevos cimientos”<sup>41</sup>. Arendt, por su parte, trabajó también sobre las escisiones temporales del mundo contemporáneo, mostrando profundo interés por el concepto de *brecha* entre el pasado y el futuro<sup>42</sup>. Se trata de una veta inusual —y no del todo explicable— que, al analizar este tipo de fisuras temporales, busca ofrecer luces para intentar comprender el desencanto ciudadano y los máximos retos —sobre autoridad, libertad, verdad, entre otros frentes— de la política actual<sup>43</sup>.

En segunda medida, una cronología revisada de oleadas temporales debería aceptar y rastrear las trayectorias —contrapuestas o superpuestas, alineadas o entreveradas, distintas o circulares, coherentes o incoherentes, abigarradas o dispersas— de los distintos hilos históricos que van entretejidos en una buena narrativa histórica. Ello implica, como en el rasgo anterior, contrapunteo y contraste. En efecto, crear “una” historia de un evento específico —por caso, una tendencia u oleada determinada— traerá siempre consigo la presencia —o la sombra— de “otra” u “otras” historias allí circundantes que pueden servir, entre otros fines, como medio de contraste. Esto es, como prueba ácida al impulso —también siempre presente— de cerrar la historia.

Respecto a la creación y modificación de las constituciones políticas, tal es la idea expresada cuando se concibe el cambio constitucional

41 Michel Foucault, *The archaeology of knowledge* (Londres: Tavistock Publications, 1972), 5.

42 Hannah Arendt, *Between past and future. Eight exercises in political thought* (Nueva York: The Viking Press, 1968 [1954]).

43 Sobre la ruptura de la temporalidad, Arendt precisa: “Percibido desde el punto de vista del ser humano, quien vive siempre en el intervalo entre el pasado y el futuro, el tiempo no es un plano continuo, un flujo sucesivo e ininterrumpido; por contraste, es algo que se encuentra roto en la mitad, en el punto donde justamente ‘el sujeto’ se encuentra; y ‘su’ punto de vista no es el presente como usualmente lo entendemos sino, en cambio, una brecha en el tiempo que en ‘su’ lucha constante, en ‘su’ aguante contra lo pasado y lo porvenir, sigue existiendo”. (*Ibid.*, 11). Sobre el afamado escritor Stefan Zweig, el historiador Hartog también destaca su impulso de hiato temporal a quien, antes de su suicidio en 1942, “deseaba también dar fe de aquellas rupturas: ‘[...] entre nuestro hoy, nuestro ayer y nuestro antier, todos los puentes están rotos’”. Hartog, *Regímenes de historicidad*, 23.

como un proceso sujeto a distintos aspectos temporales “que van mucho más allá de la mera negociación y redacción de una nueva constitución: así, mirando hacia atrás es posible identificar un amplio espectro de caminos y mecanismos diversos”<sup>44</sup>. Pero, ¿acaso son incontables o infinitos esta serie de caminos y mecanismos temporales de cambio constitucional? De la mano de Tilly, habría que aclarar que el análisis histórico se desliza sobre una cuerda sinuosa, fina y delgada “entre el azar y la teleología”<sup>45</sup>. De hecho, el impulso de cierre —intrínsecamente emparentado con la búsqueda de la verdad, como se anotó— también transita entre la incertidumbre y lo conscientemente fraguado por el ser humano. Refiriéndose al proceso histórico de creación del estado moderno, Tilly señala que tenemos

de un lado, el muro compacto del azar, donde cada historia resulta ser *sui generis*, con batallas y reyes intercambiables sucesivamente. Y del otro, está la hendidura de lo teleológico, donde el resultado de la formación del estado parece explicar completamente el proceso entero que condujo al mismo<sup>46</sup>.

Sin el ánimo de entrar a resolver problemas complejos que surgen en esta discusión de insondables referentes existenciales —¿experimentamos una, varias o infinitas historias?, ¿hay uno, varios o infinitos pasados, presentes y futuros?, ¿en qué sentido el futuro se sigue del presente y este del pasado?, etc.—, basta con anotar que, en un extremo, el marco cronológico que sea presentado como una verdad incontestable exhibirá un fortísimo impulso de cierre, y en el otro extremo, la cronología que sea presentada como un evento meramente fortuito, indeterminado o azaroso carecerá del todo de impulso de cierre alguno; y en algún punto entre estos dos extremos, habremos de afrontar —como es el caso de la cronología de oleadas temporales— narrativas o relatos cronológicos que revelan verdades revisables en varios de sus puntos, conforme a un impulso moderado de cierre. Es aquí donde se ubica el fructífero y vasto terreno de la cronología revisada de oleadas temporales<sup>47</sup>.

44 Heinz Klug, “Constitution-Making, democracy and the ‘civilizing’ of irreconcilable conflict: What might we learn from the South African miracle?”, *Wisconsin International Law Journal* 25 (2007-2008): 269-270. Entre los distintos caminos y mecanismos que ayudan a darle mayor densidad a la narrativa de la transición constitucional, Klug incluye “el cese de hostilidades, el establecimiento de nuevos arreglos transicionales, la organización y celebración de elecciones democráticas, la negociación y redacción de la nueva constitución y la implementación y sostenimiento del nuevo orden democrático”. *Ibid.*, 270.

45 Charles Tilly, *Coercion, capital, and European states, AD 990-1992* (Cambridge y Oxford: Blackwell Publishers, 1998), 33.

46 Tilly, *Coercion, capital, and European states*, 33.

47 Ante las pendientes deslizantes del azar y la teleología, Tilly advierte que tratará de evitarlas “señalando que han sido múltiples, pero no infinitos, los caminos de construcción del Estado, que en cualquier coyuntura histórica diversos y distintos futuros eran posibles, que los estados, los gobernantes y los



En resumen, la aproximación revisada —y revisable— de las oleadas temporales parece encontrarse mejor preparada que la corriente tradicional para no caer en una narrativa regida por metarrelatos que terminan descuidando el análisis detallado de la problemática a estudiar, a la vez que asume una postura menos simplista frente a la diferencia de los niveles sincrónico y diacrónico usualmente presentes en el escrutinio histórico. También, al atender no solo las continuidades sino las rupturas de los fenómenos históricos así observados, y no solo una fórmula histórica sino las narrativas allí emparentadas e incluso las confrontadas, se ubica en un terreno mejor abonado para entretejer narrativas cronológicas más sólidas y creíbles.

## Conclusiones

Hablar del tiempo a partir de categorías absolutas no tiene mucho sentido. Metodológicamente, se muestra además como una tarea infructuosa e inútil. Por ello en el presente trabajo busqué aterrizar el debate al escenario de un elemento temporal más circunscrito, a saber, el de las narrativas cronológicas, con la intención de incidir en el armazón cronológico de las oleadas temporales. La propia cadencia de las oleadas —con una trayectoria cíclica que *va y vuelve*, en contraste con la linealidad de la narrativa de origen y evolución que *va y sigue*— lleva consigo un impulso de cierre menos marcado y más apropiado para la revisión moderada de sus propias afirmaciones. Ejercicio que, como propuesta metodológica de investigación, apenas inicia.

## Bibliografía

### Libros

- Ackerman, Bruce. *We the people. Foundations*, vol. 1. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- Agamben, Giorgio. *Estado de excepción. Homo sacer*, II, 1. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 2004.
- Arendt, Hannah. *Between past and future. Eight exercises in political thought*. Nueva York: The Viking Press, 1968 [1954].

---

ciudadanos influyeron unos sobre otros de forma profunda, que numerosos problemas y procesos sistemáticos entrelazan las historias de todos los estados europeos, y por tanto las relaciones mutuas allí presentes. De encontrarse bien encaminados, los capítulos que siguen serán un relato de la diversidad en la unidad, de la unidad en la diversidad, de decisiones y consecuencias". *Ibid.*

- Barreto, Antonio. *Venturas y desventuras de la Regeneración. Apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo xx*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.
- Darwin, Charles. *The origin of species*. Oxford: Oxford University Press, 1996 [1859].
- Dennett, Daniel. *Darwin's dangerous idea. Evolution and the meanings of life*. Nueva York: Touchstone Edition; Simon & Schuster, 1995.
- Foucault, Michel. *The archaeology of knowledge*. Londres: Tavistock Publications, 1972.
- Fukuyama, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Ciudad de México: Planeta, 1992.
- Gadamer, Hans-Georg. *Truth and method*. Nueva York: Crossroad Publishing Company, 1986.
- Gargarella, Roberto. *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014.
- Gargarella, Roberto y Christian Courtis. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Cepal-Asdi, 2009.
- Giddens, Anthony. *Central problems in social theory: Action, structure and contradiction in social analysis*. Berkeley: University of California Press, 1979.
- Hartog, François. *Regímenes de historicidad. Presentismo y experiencias del tiempo*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2007.
- Hegel, G. W. F. *Fenomenología del espíritu*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1993 [1807].
- Herder, Johann Gottfried Herder. *Filosofía de la historia para la educación de la humanidad*. Buenos Aires: Nova, 1950 [1774].
- . *Ideas para una filosofía de la historia de la humanidad*. Buenos Aires: Losada, 1959 [1784-1791].
- Kuhn, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1970.
- Marcuse, Herbert. *Eros y civilización*. Barcelona: Ariel, 1989 [1953].
- Merleau-Ponty, Maurice. *Phenomenology of perception*. Londres: Routledge and Kegan Paul, 1962.
- Monateri, Giuseppe. "Gayo el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental". En *La invención del derecho privado*. Bogotá: Ediciones Uniandes; Instituto Pensar; Siglo del Hombre, 2006.
- Morgan, Henry. *Ancient society*. Chicago: Charles H. Kerr & Company, 1877.
- Nietzsche, Friedrich. *Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida [II Intempestiva]*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1999 [1874].
- . *El viajero y su sombra*. Bogotá: Bedout, 1978 [1879].
- . *El nacimiento de la tragedia*. Madrid: Alianza, 1997 [1886].
- Ortiz, William y Ricardo Oviedo, eds. *Refundación del Estado nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia, 2009.
- Packer, Martin. *La ciencia de la investigación cualitativa*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2013.
- Rodríguez, Juan Camilo. *Tiempo y ocio. Crítica de la economía del trabajo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.

- Schavelzon, Salvador. *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia - Etnografía de una Asamblea Constituyente*. La Paz: Clacso; Plural Editores; Cejis; IWGIA, 2012.
- Spencer, Herbert. *The study of sociology*. Estados Unidos: Ann Arbor Paperbacks - The University of Michigan Press, 1961 [1874].
- Tilly, Charles. *Coercion, capital, and European states, AD 990-1992*. Cambridge y Oxford: Blackwell Publishers, 1998.
- Wittgenstein, Ludwig. *Sobre la certeza*. Madrid: Gredos, 2009 [1969].

## Artículos, documentos de trabajo y capítulos de libro

- Bickel, Alexander. "The original understanding and the segregation decision". *Harvard Law Review* 69 (1955): 1-65.
- Carpizo, Jorge. "Tendencias y perspectivas del constitucionalismo contemporáneo en América Latina: algunos problemas de la democracia en América Latina". En *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, coordinado por José María Serna de la Garza. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- Elster, Jon. "Making sense of constitution-making". *East European Constitutional Review* 1 (1992): 15-17.
- . "Forces and mechanisms in the constitution-making process". *Duke Law Journal* 45 (1995-1996): 364-396.
- . "Arguing and bargaining in two constituent assemblies". *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 2 (1999-2000): 345-421.
- Farber, Daniel. "The originalism debate: A guide for the perplexed". *Ohio State Law Journal* 49 (1989): 1085-1106.
- Klug, Heinz. "Participating in the design: Constitution-making in South Africa". *Review of Constitutional Studies* 3 (1996): 18-59.
- . "Constitution-making, democracy and the 'civilizing' of irreconcilable conflict: What might we learn from the South African miracle?". *Wisconsin International Law Journal* 25 (2007-2008): 269-299.
- Lehoucq, Fabrice. "Constitutional design and democratic performance in Latin America". *Documentos de trabajo CIDE* (diciembre 2005): 1-26.
- McConnell, Michael. "Originalism and the desegregation decisions". *Virginia Law Review* 81 (1995): 947-1140.
- Negretto, Gabriel. "The durability of constitutions in changing environments: A study on constitutional stability in Latin America". *Documentos de trabajo CIDE* (diciembre 2007): 1-30.
- Powell, H. Jefferson. "The original understanding of original intent". *Harvard Law Review* 98 (1985): 885-948.
- Relatoría. "Relatoría seminario internacional sobre procesos constituyentes contemporáneos en América Latina: Tendencias y perspectivas". En José María Serna de la Garza (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

- Ricoeur, Paul. "The model of the text: Meaningful action considered as a text". En *Interpretative social science: A reader*, editado por P. Rabinow y W. M. Sullivan. Berkeley: University of California Press, 1979.
- . "The narrative function". En *Hermeneutics and the human sciences*, editado por J. B. Thompson. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.
- Spaulding, Norman. "Resistance, countermemory, justice". *Critical Inquiry*, 41 n.º 1 (otoño 2014): 132-152.
- Tushnet, Mark. "Following the rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles". *Harvard Law Review* 96 (1983): 781-827.

**METODOLOGÍAS  
DE INVESTIGACIÓN  
SOCIOJURÍDICA: MIRADAS  
INTERDISCIPLINARIAS  
(SEGUNDO MOMENTO)**



# **El fenómeno migratorio: la construcción de una “realidad más real” desde la educación experiencial\***

Gracy Pelacani  
Carolina Moreno V.

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.481>



## Introducción

Este capítulo analiza y reflexiona sobre algunos de los métodos de investigación, cuyo uso resulta particularmente valioso al abordar el tema de la migración en el contexto colombiano actual. En particular, se afirma que la investigación de las dinámicas del fenómeno migratorio es una actividad intelectual compleja por la misma naturaleza del objeto de estudio, debido a que su abordaje suele ser parcial y fragmentario, incapaz de dar cuenta de la multicausalidad del fenómeno. Esto dificulta especialmente la posibilidad de describir de manera suficiente y comprehensiva la pluralidad de aspectos que influyen en las dinámicas que las investigadoras observan en un espacio y tiempo determinados. De ahí que, frente a las especificidades que el estudio del fenómeno migratorio presenta, las investigadoras se vean *obligadas a expandir* sus herramientas y métodos de investigación.

Estas reflexiones sobre los métodos de investigación en el tema de la migración son útiles, además, teniendo en cuenta el contexto colombiano actual. Este se caracteriza por una narrativa oficial que describe el fenómeno migratorio como de novedosa ocurrencia. Una descripción que hace referencia, casi únicamente, a la migración desde Venezuela, que tuvo lugar, de manera significativa, a partir del 2015. Narrativa que justifica que se perpetúe un enfoque de emergencia y de corto plazo en el abordaje que se da al fenómeno por parte de las autoridades, así como la existencia de un marco normativo fragmentario. Además, el conjunto de normas adoptadas sobre el tema migratorio está dirigido, casi exclusivamente, a la gestión de la migración desde Venezuela, invisibilizando así otros flujos migratorios, como el de los migrantes extracontinentales<sup>1</sup>.

I En el marco de los estudios migratorios en América Latina, los migrantes extracontinentales se definen como aquellos que provienen desde el continente africano y asiático. Véase, Organización Internacional para las Migraciones, "Migrantes extracontinentales en América del Sur: estudio de casos". *Cuaderno*

Las especificidades del fenómeno migratorio colombiano actual, por lo tanto, exigen el uso de métodos de investigación que permitan construir un conocimiento sobre sus dinámicas, teniendo en consideración los desafíos anotados. Sobre la base de esta premisa, nuestros métodos de investigación son, principalmente, la asesoría legal en terreno (*street lawyering*), los talleres de empoderamiento legal (pedagogía de derechos), las entrevistas y los grupos focales.

El diseño e implementación de este conjunto de métodos de investigación nos permiten identificar los vacíos presentes en el ordenamiento legal, así como en la política pública migratoria. A partir de la identificación de estas lagunas, construimos nuevos marcos teóricos de análisis y reflexión, los cuales contribuyen a una mayor comprensión del fenómeno. Asimismo, aportamos a la producción de literatura en la materia y ofrecemos insumos concretos para los tomadores de decisiones públicas. Finalmente, nos convertimos en actoras relevantes, tanto en el debate y desarrollo del fenómeno migratorio, como en su gestión por parte de las autoridades.

A esta lógica responde la creación de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, la cual está orientada a la atención de la población migrante, especialmente en situación de vulnerabilidad. En nuestro contexto, el Estado colombiano es el mayor receptor de la migración proveniente de Venezuela, fenómeno que ha venido dejando en evidencia la necesidad de servicios legales expertos enfocados en esta población.

Las autoras del presente texto hemos aprovechado las distintas estrategias de litigio de interés público (en adelante LIP), enmarcadas en la educación legal clínica (en adelante ELC), así como los grupos focales y las entrevistas a profundidad para investigar, incidir y producir conocimiento entonces inexistente en el contexto colombiano. Así pues, a pesar de que, en estricto sentido, ni la ELC ni el LIP son métodos de investigación, estos sí se han convertido en mecanismos de generación de conocimiento para alimentar el campo de la migración, el cual clama por teorización y respuestas. En este escrito presentaremos las reflexiones sobre los métodos de investigación que las autoras hemos utilizado en el marco de las actividades de la Clínica Jurídica para Migrantes mencionada, la cual ha estado bajo nuestra orientación desde su creación.

El propósito de esta contribución es exponer críticamente los alcances y desafíos de estos métodos de investigación cuando son utilizados para estudiar el fenómeno migratorio. Lo anterior pone de manifiesto los límites del derecho y cómo este suele exacerbar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran ciertos grupos poblacionales a lo largo de su recorrido migratorio.

El capítulo se divide en tres secciones: en la primera exponemos el nacimiento y el desarrollo de la ELC y del LIP en Colombia. Asimismo, analizamos las características de la investigación en materia migratoria, entrando más en detalle sobre el fenómeno migratorio en el contexto colombiano actual y en los retos que supone investigar este tema. Luego, nos dedicamos a analizar los diferentes métodos de investigación elegidos —*street lawyering*, pedagogía de derechos, entrevistas y grupos focales— y a poner de relieve el valor añadido que su uso conlleva, tanto para la población migrante, como para quienes investigan estos temas. En la tercera sección nos dedicamos a reflexionar alrededor de los aportes de estos métodos al estudio de la migración. Terminamos con una serie de conclusiones.

## La educación legal clínica y el litigio de interés público

La llegada de la ELC a América Latina se suele ubicar entre las décadas de 1960 y 1970, como parte de las reformas a la educación legal que derivaron de la primera fase del movimiento de Derecho y Desarrollo, de las inversiones del gobierno de Estados Unidos en la región<sup>2</sup> y del correspondiente trasplante del modelo de ELC estadounidense<sup>3</sup>. Reformas que se fundamentaban en la confianza en el derecho como herramienta de transformación social y como política redistributiva<sup>4</sup>.

En el caso colombiano, la introducción de la ELC se ha leído como una reacción al formalismo que caracterizaba los estudios jurídicos en el país<sup>5</sup> y a la insatisfacción hacia la situación de la administración de justicia. Esta se consideraba formalista y sorda a las necesidades jurídicas de la población de escasos recursos económicos. Una disconformidad que

2 Estas inversiones provenían, en especial, de la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y de la Fundación Ford. Véase, en particular, César Rodríguez Garavito, "Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo". *Revista IUSTA* (2006): 183-184. Gabriela Recalde, Tania Luna Blanco, Daniel Bonilla Maldonado, "Justicia de pobres: Una genealogía de los consultorios jurídicos en Colombia". *Revista de Derecho*, n.º 47 (2017): 23-27.

3 El surgimiento de la educación clínica en Estados Unidos suele identificarse a principios del siglo xx, pero algunos autores sostienen que se origina en el debate que se da alrededor de la educación jurídica en los treinta años anteriores (1870) sobre el lugar que la práctica y las pedagogías de la práctica (*pedagogy of practice*) debían ocupar en ella. Debate que reenvía a la aún más antigua discusión sobre el lugar y la relevancia del aprendizaje práctico en la educación jurídica. Véase, entre otros, Richard. J Wilson, *The global evolution of clinical legal education: More than a method* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 64-89.

4 Helena Alviar García, "The classroom and the clinic: The relationship between clinical legal education, economic development and social transformation". *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 13, n.º 1 (2008): 209.

5 Erica J. Castro Buitrago, "La enseñanza clínica: un paso hacia la calidad". *Opinión Jurídica* 5, n.º 9 (2006): 177.

ha desembocado, entre otras, en la valorización de la educación jurídica experiencial en los programas de las facultades de derecho colombianas. Asimismo, se ha concebido como una herramienta necesaria y urgente para materializar el derecho de acceso a la justicia de las personas de recursos económicos escasos.

A esto responde el surgimiento de los consultorios jurídicos en Colombia<sup>6</sup>. Mediante el Decreto 196 de 1971<sup>7</sup> se estableció que todas las facultades de derecho oficialmente reconocidas debían contar con una unidad académica de este tipo. En los consultorios, los estudiantes de los últimos dos años de la carrera de Derecho prestan servicios jurídicos gratuitos a personas de insuficientes recursos económicos, actuando como “abogados de pobres”<sup>8</sup>.

Ante el fracaso de algunas de las reformas impulsadas en la primera fase del movimiento Derecho y Desarrollo y de algunas críticas frente al papel de los consultorios jurídicos, entre los años ochenta y noventa se lleva a cabo una segunda serie de reformas en Latinoamérica, las cuales incluyen a la educación legal clínica<sup>9</sup>. En particular, se promueve la creación de clínicas jurídicas de interés público con el objetivo de impulsar el LIP y, a través de este, promover los derechos humanos —económicos y sociales, en especial— y el “Estado de derecho”<sup>10</sup>.

La idea del interés público no está asociada a lo estatal, como se ha entendido tradicionalmente en la cultura jurídica latinoamericana<sup>11</sup>. De acuerdo con González Morales, “lo público” involucra también otros actores de la sociedad civil, quienes, aunque no son estrictamente públicos, sí inciden y participan en la definición de aquello que interesa a la colectividad. Desde una perspectiva más amplia, velar por el interés público es poner el foco en el funcionamiento del sistema democrático y en cómo las autoridades actúan de acuerdo con el marco normativo y la garantía de

6 Desde la comparación jurídica, la llegada de la ELC a Colombia ha sido interpretada como un ejemplo clásico de trasplante, en particular, del modelo estadounidense de ELC. Un modelo que ha sufrido transformaciones por las condiciones del contexto colombiano, las cuales han conllevado, según varios autores, la traición de los objetivos iniciales de la ELC. Felipe González Morales, “El trabajo público en materia de derechos humanos e interés público en América Latina”. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n.º 27 (2004): 24-25; Recalde, Blanco, Bonilla Maldonado, “Justicia de pobres”, 40-45.

7 Decreto 196 de 1971 (febrero 12), “Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía”, *Diario Oficial* n.º 33255 de 1.º de marzo de 1971. Véase, además, Decreto 765 de 1977 (abril 1.º), “Por el cual se reglamentan los artículos 30, 31 y 32 del Decreto-Ley 196 de 1971, y se regula la prestación del servicio profesional para optar al título de abogado”, *Diario Oficial* n.º 34775, del 29 de abril de 1977; y de la Ley 583 de 2000 (junio 12), “Por la cual se modifican los artículos 30 y 9 del Decreto 196 de 1971”, *Diario Oficial* n.º 44042, del 13 de junio del 2000.

8 El 30 de julio del 2021 entró en vigor la Ley 2113 del 2021, “por medio de la cual se regula el funcionamiento de los consultorios jurídicos de las instituciones de educación superior”.

9 Rodríguez Garavito, “Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina”, 189-190.

10 Alviar García, “The classroom and the clinic”, 212-213.

11 González Morales, “El trabajo público en materia de derechos humanos e interés público”, 35 y ss.

los derechos. En este proceso, las personas y grupos de la sociedad civil tienen un lugar importante.

Estos grupos y personas juegan como actores relevantes en la construcción de la democracia, cuya participación se manifiesta de distintas formas, tales como el ejercicio de los derechos políticos; el control de las autoridades; la intervención en procesos judiciales en diferentes niveles, tanto domésticos como internacionales; en procedimientos administrativos y legislativos, así como en estrategias de medios, por mencionar algunos. Todas estas formas de intervención, que pueden ocurrir de manera combinada o en solitario, están orientadas a la consolidación de la democracia, sobre la base de la garantía de los derechos de las personas.

El alcance del interés público no es estanco y mucho menos inmutable. Por el contrario, es un espacio que está en constante construcción y redefinición, a partir de las propias batallas que en este campo dan los actores relevantes que usan las estrategias de LIP para avanzar sus agendas y lograr sus intereses. He ahí la riqueza de un concepto como lo es el de interés público, el cual resulta muy útil para posicionar las estrategias de litigio. A través de este LIP, distintas personas y grupos, tradicionalmente excluidos del juego democrático más puro, como lo es el escenario legislativo, intervienen en la construcción de la agenda pública. Así, pueden posicionar y avanzar sus propios proyectos políticos, los cuales no están atados, exclusivamente, a esquemas tradicionales de representación democrática.

Según Courtis<sup>12</sup>, la ELC es una "práctica transformadora", entre otras razones, porque posibilita la realización de la función social de las universidades, a través de la oferta de servicios legales gratuitos a personas con necesidades legales insatisfechas. La ELC es transformadora, también, por su profunda conexión con las iniciativas de tipo progresista impulsadas a través de las estrategias de LIP. Es así como este tipo de litigio ha posibilitado el acceso a la justicia y la garantía de derechos de grupos históricamente marginados, tales como las mujeres, las personas con discapacidad, los adultos mayores, las personas con orientación sexual e identidad de género no normativas, minorías étnicas, personas privadas de la libertad, los migrantes y refugiados<sup>13</sup>, entre otros<sup>14</sup>.

Los pilares de la ELC, por ende, podrían identificarse en la búsqueda constante de una conexión y relación entre la teoría y práctica del derecho;

12 Christian Courtis, "La educación clínica como práctica transformadora", en *Enseñanza Clínica del derecho: una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, editado por Marta Villarreal y Christian Courtis (Ciudad de México: ITAM, 2007), 17.

13 Sobre trabajos de migración y ELC y LIP, véase: Jennifer Gordon, *Suburban sweatshops: The fight for immigrant right* (Cambridge: Belknap/Harvard University Press, 2005); Bill Ong Hing, "Legal services support centers and rebellious advocacy: A case study of the immigrant legal resource center", *Washington University Journal of Law and Policy* 28 (2008): 265-358.

14 Courtis, "La educación clínica como práctica transformadora", 17.

el aprendizaje a través de la experiencia; la concepción del derecho como herramienta para el cambio social y el énfasis en la función social de la profesión legal<sup>15</sup>. Sobre este último aspecto, la ELC introduce una dimensión ética en la educación legal, creando escenarios y ocasiones a través de los cuales los estudiantes asumen responsabilidades frente a la comunidad como parte de su ejercicio profesional. Respecto a la población beneficiaria de los servicios jurídicos, la ELC se propone garantizar y ampliar el derecho de acceso a la justicia de las personas de escasos recursos. En relación con sus objetivos pedagógicos, se propone dar al estudiante un papel protagónico en su proceso de aprendizaje, en antítesis respecto a la relación vertical entre profesor y estudiante, propiciada por los métodos de enseñanza más tradicionales y formalistas.

Como bien lo advierte Courtis<sup>16</sup>, la ELC en las facultades de derecho, además, tiene la potencialidad de conectar a los estudiantes de derecho con temas distintos, los cuales, en muchos casos, no fueron abordados a lo largo de la carrera o no con la suficiente profundidad. Entonces, la ELC enfrenta a los abogados en formación a la exploración y al aprendizaje de problemas sociales novedosos y desconocidos; así como a interactuar con grupos y personas con quienes seguramente ellos no han tratado antes —o al menos no en calidad de abogado— a través de una metodología basada en el hacer.

## **Los desafíos de la investigación en migración y las particularidades del contexto colombiano**

La investigación en migración presenta múltiples dificultades. En primer lugar, por las características y naturaleza del fenómeno, cuyas causas y dinámicas son difíciles de abarcar en su complejidad<sup>17</sup>. En segundo lugar, por las particularidades del contexto migratorio colombiano. En especial, estas se manifiestan en dos aspectos puntuales: la nacionalidad de las personas destinatarias de las normas adoptadas y la fragmentariedad del marco normativo migratorio, como lo desarrollamos enseguida.

El estudio de la migración, por lo tanto, se dirige a la comprensión de la decisión del migrante de salir del país de origen o residencia y de su relación con el marco normativo del estado de origen, de tránsito y de acogida;

15 "Artículo 1.º. La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia", Decreto 196 de 1971 (febrero 12), "Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía", *Diario Oficial* n.º 33255 de 1.º de marzo de 1971.

16 Courtis, "La educación clínica como práctica transformadora", 23.

17 Sobre los múltiples aspectos a considerar en el estudio de la migración, véase Stephen Castles, Hein de Haas y Mark J. Miller, *The age of migration. international population movement in the modern world* (Londres: Palgrave Macmillan, 2014): 1-24.

de cuáles y cuántos factores económicos, sociales y culturales influyen en su recorrido migratorio; de qué peso tienen en estas dinámicas el género, la edad, la conformación del núcleo familiar, las redes de apoyo, los imaginarios sobre el país de destino, solo para nombrar algunos de los aspectos más relevantes<sup>18</sup>.

Respecto al contexto colombiano, se generan dificultades ulteriores para la investigación en el tema de la migración, en particular, por dos aspectos. El primero consiste en la fragmentariedad e inestabilidad del marco normativo en materia migratoria y de su enfoque, casi exclusivo, en la gestión de la migración desde Venezuela. El Estado colombiano, por ende, carece de una política migratoria integral, con enfoque de derechos y de largo plazo<sup>19</sup>. En parte, esto se debe a la marginalidad en términos cuantitativos del fenómeno hasta los últimos años, es decir, antes de que la migración de personas provenientes de Venezuela *obligara* a las autoridades a adoptar medidas *ad hoc* para gestionarla. El segundo implica la invisibilización de otros flujos migratorios, como el de los migrantes extracontinentales, tanto en la normativa como en la narrativa oficial alrededor de las acciones emprendidas por parte del Estado para hacer frente a la migración.

Así, el marco normativo migratorio se compone, en gran parte, de actos infralegales que establecen medidas de vigencia limitada y con ámbito de aplicación personal restringido a los nacionales venezolanos que cumplen con los requisitos fijados por la norma<sup>20</sup>. Esto tiene tres consecuencias importantes, por un lado, limita de manera significativa su acceso a un estatus migratorio regular<sup>21</sup>, lo cual, a su vez, se refleja en un acceso limitado y precario a algunos de los derechos más básicos, como salud, educación y trabajo. En segundo lugar, este marco normativo, frente a la falta de una política migratoria integral y de largo plazo, genera

18 Véase, sobre los métodos de investigación en migración, Carlos Vargas-Silva, edit., *Handbook in Research Methods in Migration* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012).

19 El 5 de agosto del 2021, entró en vigor la Ley 2136 del 2021, "por medio de la cual se establecen las definiciones, los lineamientos y principio para la regulación y orientación de la política integral migratoria del Estado colombiano-PMI y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial n.º 51.756 de 4 de agosto del 2021.

20 Hacemos referencia, sobre todo, al permiso especial de permanencia (PEP) y, más recientemente, al recién adoptado Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV). Véase, la Resolución 5797 del 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores: "Por medio de la cual se crea un Permiso Especial de Permanencia", 25 de julio del 2017; Decreto 216 del 2021 del Ministerio de Relaciones Exteriores, "por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria".

21 Nótese que los datos oficiales de Migración Colombia al 31 de diciembre del 2019 señalan que, de los 1 771 237 nacionales venezolanos presentes en territorio colombiano, se estima que 1 017 152 están en situación migratoria irregular, mientras que 754 085 tienen un estatus migratorio regular. "Total de venezolanos en Colombia corte a 31 de diciembre del 2019", Migración Colombia, 25 de febrero del 2020. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/259-infografias-2020/total-de-venezolanos-en-colombia-corte-a-31-de-diciembre-de-2019>

inseguridad jurídica, tanto para sus destinatarios, como para los operadores jurídicos. Finalmente, su volatilidad hace que su socialización y su conocimiento sean limitados y, por ende, que su aplicación no siempre sea coherente. A esto cabe añadir el desarrollo aún restringido de los estudios migratorios en el país y de la literatura sobre migración.

Los estudiantes y las profesoras de la Clínica Jurídica para Migrantes hemos experimentado en primera persona las consecuencias de estas dificultades en el desarrollo de nuestras actividades. Frente a las limitaciones del marco normativo y a sus aspectos restrictivos nos hemos enfrentado, en múltiples ocasiones, al precario alcance del derecho y a la imposibilidad de actuar en beneficio de este grupo poblacional vulnerable. Asimismo, la formación de los estudiantes ha sido retadora ante un marco normativo en constante cambio y reactivo a los eventos. De ahí que tanto la ELC como el LIP y la investigación en esta área hayan conducido al uso de métodos de investigación no convencionales, como explicaremos en detalle en este capítulo.

## **Formas de abordar la investigación de cara a los desafíos**

En esta parte del texto nos detenemos a explicar y reflexionar sobre los métodos de investigación que hemos utilizado en el estudio de la migración en el contexto colombiano. Estos son el *street lawyering* y la pedagogía de derechos, por un lado, y las entrevistas y los grupos focales, por el otro. Respecto al primer grupo es importante poner de relieve que, en el marco de este capítulo, se considerarán el *street lawyering* y la pedagogía de derechos como métodos de investigación, a pesar de que no se les tome como tal, en estricto sentido. De hecho, en el contexto de la investigación en migración, estos métodos resultan necesarios para una comprensión más profunda y completa del fenómeno migratorio y de sus dinámicas.

Además, proponemos concebir el *street lawyering* en sentido amplio, incluyendo bajo esta definición todas aquellas actividades que implican, por un lado, “sacar” el derecho a las comunidades y a los grupos vulnerables allá donde estos se encuentran, llevando a los estudiantes a interactuar con la población beneficiaria fuera de las aulas de las facultades de derecho y de los consultorios jurídicos. Por el otro lado, este tipo de actividades presume un intento previo de *traducción* del derecho y de su lenguaje por parte de los estudiantes, con el fin de que aquellos sean accesibles para la población. Bajo este entendido, las brigadas jurídicas se consideran pertenecientes a esta categoría. De igual manera, las actividades que se identificarán enseguida como pedagogía de derechos —los talleres de empoderamiento legal— se pueden concebir como parte del más amplio grupo de las actividades de *street lawyering*.



## El *street lawyering* y la pedagogía de derechos

Se podría decir que las actividades de *street lawyering* se basan en cuatro premisas principales. La primera consiste en comprender que el conocimiento de los derechos de los que la persona es titular y de cuáles son las vías para ejercerlos es una condición imprescindible para su materialización<sup>22</sup>. La segunda reconoce que el lenguaje propio del derecho y de los operadores jurídicos es uno de los obstáculos para la comprensión y el ejercicio de los derechos<sup>23</sup>. La tercera remarca el valor añadido del aprendizaje experiencial para los estudiantes de derecho y el desarrollo de capacidades prácticas y profesionales que las experiencias de *street lawyering* permiten adquirir; la cuarta y última premisa es la que ve en el derecho una herramienta para la transformación social<sup>24</sup>.

Las actividades de *street lawyering* se proponen ser una herramienta de fomento y construcción del conocimiento. De igual forma, pretenden ser un instrumento para la toma de conciencia sobre los derechos y las responsabilidades en beneficio de una comunidad específica o grupo de personas identificables, de manera que este les pueda ser útil en su cotidianidad. Las actividades pueden ser muy diversas en sus contenidos, las cuales dependerán de las características de los destinatarios y de sus necesidades.

En este sentido, se aconseja que los beneficiarios sean involucrados en la identificación de los temas a tratar y en la manera en la que estos serán transmitidos, lo antes posible en el proceso de preparación de las actividades<sup>25</sup>. Además, se invita a que los estudiantes adopten metodologías pedagógicas interactivas y participativas y que los contenidos sean transmitidos en un lenguaje lo más accesible posible y apto para los destinatarios. Estas actividades se pueden concebir como complementarias a la atención individual de usuarios, pero, evidentemente, no la sustituyen.

En el caso de la población migrante, resulta ser una herramienta de empoderamiento y emancipación especialmente valiosa en un contexto como el colombiano donde, en el momento actual de alta inmigración desde Venezuela, un gran porcentaje de esta población se encuentra en situación migratoria irregular<sup>26</sup>. Así que, por un lado, resulta de particular importancia, en su proceso de integración, el conocimiento de

22 Richard Hamilton Grimes, David McQuoid-Mason, Ed Zimmer, Judy O'Brien, "Street law and social justice education", en *The global clinical movement: Educating lawyers for social justice*, editado por Frank S. Bloch (Oxford: Oxford University Press, 2011), 226.

23 Ellen E. Hoffman, "Getting to plain language", *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary* 29 n.º 1 (2009): 47-61.

24 Grimes, McQuoid-Mason, O'Brien, Zimmer, "Street law and social justice education", 226.

25 Grimes, McQuoid-Mason, O'Brien, Zimmer, "Street law and social justice education", 233.

26 "Total de venezolanos en Colombia corte a 31 de diciembre de 2019", *supra* nota 24.

sus derechos aun cuando se encuentren en situación migratoria irregular dentro del territorio, así como de los canales a través de los cuales, a pesar de las dificultades señaladas, podrán regularizar su situación. En segundo lugar, un mejor conocimiento de los propios derechos y del funcionamiento del sistema jurídico conlleva o, al menos, permite una mayor participación e integración en la sociedad de acogida.

La Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes ha realizado diversas brigadas jurídicas con el fin de llevar atención legal gratuita focalizada a la población migrante en diversos escenarios de Bogotá. Algunas de estas se han desarrollado en colaboración con organizaciones no gubernamentales (ONG) y con la Corporación Opción Legal<sup>27</sup>, en beneficio de grupos y comunidades de migrantes con los cuales, tanto la Corporación como el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), habían desarrollado actividades previas. Las brigadas se han llevado a cabo en lugares que son de referencia para la población migrante, como el Supercade Social ubicado en la terminal del transporte del Salitre, en un colegio oficial de la localidad de Kennedy, en la parroquia del barrio San Bernardo y en Casa de Todas en Los Mártires, entre otros. En estas se han atendido personas migrantes en una situación de especial vulnerabilidad, como las mujeres gestantes y lactantes o que ejercen trabajo sexual, familias de migrantes proveniente de Venezuela recién llegados a Bogotá, entre otros. En casi la totalidad de las brigadas realizadas ha sido posible orientar la preparación previa de los estudiantes para que estuviera enfocada en responder a las necesidades especiales de la población destinataria.

Entre las dificultades que merece la pena señalar se encuentra la constatación por parte de los estudiantes de las limitaciones del derecho y de las barreras jurídicas que sus usuarios encuentran para acceder a algunos derechos como salud y educación. Asimismo, los estudiantes dejaron en evidencia la inexistencia de acciones legales que pudieran, de alguna forma, *mejorar* la situación de los usuarios y, por ende, frente a la imposibilidad, en muchos casos, de actuar a partir del derecho. Esto pasa, en particular, cuando la persona migrante se encuentra en situación migratoria irregular. Cabe tener en cuenta que, además, atender a población migrante vulnerable comporta el reto de hacer accesible el derecho a personas que, en muchos casos, pueden no ser expertas. De igual forma, implica relacionarse con una población que, en muchos casos, no tiene familiaridad con las autoridades y con el ordenamiento del estado de acogida.

27 La Corporación Opción Legal es una entidad sin ánimo de lucro que, entre otras actividades, cuenta con un programa de servicios legales gratuitos para la población migrante y refugiada y para las víctimas del conflicto armado. En particular, bajo la coordinación de la corporación se ha constituido una red de 19 universidades colombianas, presentes en 22 municipios, las cuales, a través de sus consultorios jurídicos, ofrecen servicios legales gratuitos focalizados en la población migrante y refugiada. La Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes es parte de la red desde agosto del 2019.

Por su parte, la pedagogía de derechos se enfoca en aquellas actividades que se proponen llevar el derecho y los derechos, en particular, a las personas y comunidades vulnerables en los lugares donde se desarrollan sus actividades diarias. De esta manera, se procura contribuir a la democratización del derecho, a su implementación y a la movilización de las comunidades, con el fin más general de contribuir a reducir los desequilibrios de poder en la sociedad y las desigualdades<sup>28</sup>.

Así, se busca que el derecho pueda llegar a ser una herramienta de empoderamiento —a través del conocimiento y de la información— y de emancipación para los beneficiarios, los cuales podrán conocer y ejercer sus derechos de manera directa, es decir, sin la necesaria intermediación de un abogado profesional. En el marco de estas acciones, por lo tanto, se pretende que los estudiantes salgan de las aulas de las facultades de derecho y que el conocimiento jurídico se adapte a los destinatarios en la forma en que se transmite.

En la preparación de estas actividades, los estudiantes seleccionan los temas de interés para la comunidad y desarrollan materiales que buscan transmitir los conceptos técnicos y el contenido de las normas relevantes de manera clara y efectiva. Los talleres y las demás iniciativas que se llevan a cabo permiten, además, que los estudiantes se acerquen a comunidades y grupos vulnerables con los cuales, en su cotidianidad, tienen un contacto ausente o muy escaso. Esto contribuye significativamente al logro de algunos de los objetivos de la ELC, como el desarrollo de un sentido de empatía hacia el otro y de la responsabilidad social que lleva aparejada la profesión de abogado<sup>29</sup>. En este sentido, las estrategias y acciones que se desarrollan guardan muchas similitudes con el *street lawyering*.

Respecto a la población migrante, y en especial en el contexto colombiano presente, estrategias como la pedagogía de derechos resultan ser particularmente valiosas de cara a las limitantes que el marco jurídico impone al margen de maniobra de los defensores de estas personas. Piénsese, una vez más, en las personas en situación migratoria irregular que se encuentran en la imposibilidad de regularizar su situación por la falta de mecanismos jurídicos, las cuales manifiestan un temor particular en acercarse a las autoridades. En este tipo de escenario, la información que se llega a proporcionar resulta ser muy valiosa.

En el marco de las actividades realizadas por estudiantes del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes, se encuentran los talleres de empoderamiento legal (TEL), que fueron llevados a cabo en el Centro Integral de Atención al Migrante (CIAM) del Distrito de Bogotá. Estos

28 Ajay Pandey y Sheena Shukkur, "Legal literacy projects. Clinical experience of empowering poor in India", en *The global clinical movement: Educating lawyers for social justice*, editado por Frank S. Bloch (Oxford: Oxford University Press, 2011), 241.

29 Pandey y Shukkur, "Legal literacy projects", 242-243.

consistieron en talleres en los cuales se abordaron temas que los estudiantes identificaron como relevantes para la población migrante en situación de vulnerabilidad, en especial la proveniente de Venezuela. Cada grupo de estudiantes elaboró materiales de apoyo que pudieran *traducir* a los asistentes, de manera visualmente amigable, los contenidos jurídicos más técnicos y que, al mismo tiempo, las personas pudieran llevarse al terminar la actividad.

Los TEL pretendieron informar a la población migrante sobre sus derechos y sobre los mecanismos a su disposición para ejercerlos. En particular, se quiso dar a esta población la posibilidad de conocer aquellas herramientas del ordenamiento colombiano que les permiten abogar por la protección de sus derechos sin tener que contar, necesariamente, con el auxilio de un profesional del derecho, tales como la acción de tutela y el derecho de petición. En este sentido, concebimos los talleres como un instrumento de empoderamiento para la población migrante, entendiendo que, el conocimiento previo de los derechos de los cuales es titular la persona y los mecanismos para su ejercicio, son la condición previa necesaria para su materialización.

En conclusión, como acertadamente lo subraya Courtis, las iniciativas llevadas a cabo en el marco de la ELC y del LIP, más allá de sus objetivos pedagógicos y sociales, son herramientas para “la generación de conocimiento e ideas” desde las universidades. Así, en los consultorios jurídicos y las clínicas jurídicas los estudiantes y las profesoras actúan como observadores críticos de las realidades y de los contextos con los que se relacionan y así aportan al “devenir jurídico de una sociedad”<sup>30</sup>.

## Entrevistas y grupos focales

El segundo método que utilizamos las autoras para realizar investigación jurídica en materia migratoria hace referencia a los grupos focales y a las entrevistas a profundidad, los cuales están enmarcados en el género de los métodos cualitativos<sup>31</sup>. Mediante la investigación cualitativa quien investiga busca entender, describir y explicar los fenómenos sociales allí donde ocurren; es decir, comprender de qué manera las personas construyen el contexto en el que se encuentran, de forma tal que puedan extraerse nuevas perspectivas capaces de enriquecer la comprensión de las cuestiones sociales objeto de estudio<sup>32</sup>.

30 Courtis, “La educación clínica como práctica transformadora”, 23-24.

31 Sobre el uso de métodos cualitativos en la investigación en el campo del derecho, véase Lisa Webley, “Qualitative approaches to empirical legal research”, en *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, editado por Peter Cane y Herbert M. Kritzer (Nueva York: Oxford University Press, 2010), 927-950.

32 Webley, “Qualitative Approaches to Empirical Legal Research”, 528.

Este tipo de investigación cualitativa puede tomar varias formas, entre las que tiene un lugar importante el análisis de las experiencias de grupos e individuos, que es la que nos interesa principalmente a efectos del presente trabajo<sup>33</sup>. En este sentido, la investigación cualitativa permite la teorización a partir del diálogo con quienes hacen parte del fenómeno o asunto social en investigación, en tanto idóneo para navegar en las experiencias y perspectivas de las personas y grupos objeto de interés. En este caso, la recolección de los datos ocurre a partir de la conversación con las personas y de la observación del propio contexto en el que estas se desenvuelven. Los relatos sobre las experiencias y el conocimiento de las personas entrevistadas son un insumo clave para el análisis del fenómeno social y su posterior teorización por parte de quien investiga<sup>34</sup>.

Este diálogo con otros puede ocurrir de forma individual a través del método de las entrevistas, bien sea personal o remotamente; también puede llevarse a cabo en forma grupal mediante la realización de los grupos focales. En particular, las entrevistas individuales son muy utilizadas por quienes hacen investigación cualitativa en el campo del derecho, con el propósito de conocer las percepciones que las personas tienen sobre el derecho y la profesión jurídica. Aunque las entrevistas grupales o grupos focales también pueden tener la utilidad señalada, son especialmente atractivos por las dinámicas y sinergias que se producen a partir de la interacción entre los miembros del grupo, factor ausente en las entrevistas en solitario<sup>35</sup>.

A pesar de que ambos métodos han sido utilizados por las autoras para investigar en el campo del derecho y la migración, y que de hecho han sido utilizados de forma combinada, es decir, en el marco del mismo proyecto de investigación, lo cierto es que el más explorado en nuestro caso ha sido el de los grupos focales. Por esta razón, la discusión que sigue a continuación estará especialmente dedicada a este método.

Como su nombre lo expresa, el grupo focal está orientado a hacer un acercamiento, una exploración a profundidad y en detalle sobre un asunto social particular, a través del diálogo con individuos que, por sus características, resultan ser relevantes en dicho contexto. Los grupos focales generan un cúmulo de datos bastante rico y detallado que da cuenta de las percepciones, pensamientos, sentimientos e impresiones de las personas que participan en el grupo<sup>36</sup>. Estos grupos son especialmente útiles para

33 Uwe Flick, "Doing Qualitative Data Collection. Charting the Route", en *The SAGE Handbook of Qualitative Data Collection Analysis*, editado por Uwe Flick (Londres: Thousand Oaks, California: SAGE Publications, 2018), 5.

34 Flick, "Doing qualitative data collection. Charting the route", 12-13.

35 Webley, "Qualitative approaches to empirical legal research", 936.

36 David W. Stewart, Prem N. Shandasani y Dennis W. Rook, "Group depth interviews. Focus group research", en *The SAGE Handbook of Applied Social Research Method*, editado por Debra J. Rog y Leonard Bickman (California: SAGE Publications, 2009), 590.

identificar similitudes y diferencias cualitativas entre los dialogantes. Los datos que se extraen de allí se expresan en las palabras y los términos propios de quienes los comparten, lo cual permite conocer también el uso determinado que las personas hacen de las expresiones y el sentido que estas les dan en un contexto específico<sup>37</sup>.

El uso de los grupos focales presenta también una serie de ventajas que explican su popularidad y uso extendido. Esto es así porque son un método flexible que permite recoger datos de un grupo de una manera más rápida y menos costosa, en comparación con entrevistas individuales. También, porque los grupos permiten que las investigadoras interactúen directamente con quienes responden a través del diálogo. Este contacto directo con las personas facilita la recolección de sus respuestas de forma concomitante, así como también observar el lenguaje no verbal a lo largo de la conversación, datos supremamente relevantes que permiten a su vez contrastar las respuestas emitidas<sup>38</sup>.

Entonces, la riqueza de los grupos focales está, tanto en ese contacto directo entre investigadoras y personas, así como en la sinergia que se produce entre las personas entrevistadas que participan. Los datos recogidos, producto de los grupos focales, son el resultado de las respuestas individuales, así como de la dinámica que se genera a partir de la interacción entre los participantes<sup>39</sup>.

Pues bien, estos métodos cualitativos a los que se ha hecho referencia fueron utilizados por las autoras, en particular, en una investigación en la que nuestro propósito era la identificación de las violencias basadas en género que afectan a las mujeres y niñas migrantes en el contexto colombiano actual. En esta oportunidad utilizamos los métodos cualitativos, concretamente los grupos focales y las entrevistas individuales, teniendo en cuenta que nuestro propósito era conocer, con detalle y a profundidad, la manera como las mujeres migrantes dan cuenta de su realidad y explican sus vivencias y experiencias sobre su recorrido migratorio, con el fin de identificar las violencias basadas en género en el contexto migratorio.

Nos interesaba, especialmente, por qué decidían migrar; cómo eran sus entornos familiares y sociales y cómo era su relación con las autoridades, con el propósito de establecer el acceso a servicios y goce efectivo de derechos de estas mujeres, en el evento de ser víctimas de violencias. Los grupos focales incluyeron diálogos con mujeres migrantes en situación de vulnerabilidad socioeconómica, muchas de ellas realizando trabajo sexual por supervivencia como única forma de sustento disponible para ellas y para sus familias. Las entrevistas grupales también se realizaron con

37 Stewart, Shamdasani y Rook, "Group depth interview", 593.

38 Stewart, Shamdasani y Rook, "Group depth interview", 594.

39 Stewart, Shamdasani y Rook, "Group depth interview", 599.

autoridades nacionales y locales a quienes, a partir de sus competencias, les corresponde atender las necesidades de la población migrante.

En breve, con la realización de los grupos focales fue posible conocer las barreras sociales, económicas y legales que las niñas y mujeres enfrentan por el solo hecho de ser migrantes. Con la voz de las propias víctimas y sobrevivientes de las violencias basadas en género fue posible establecer cómo la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las migrantes se exagera cuando ellas se encuentran en situación migratoria irregular. Estos hallazgos fueron corroborados mediante el diálogo con personas de las organizaciones de la sociedad civil y las agencias de cooperación que hoy hacen presencia en los territorios y que dan atención humanitaria a las personas migrantes.

Indudablemente, estos hallazgos no hubieran sido así de ricos y contextuales de haberse realizado un análisis del marco normativo existente, nacional e internacional, y de la jurisprudencia sobre violencias de género. Por supuesto que estos insumos normativos son un referente necesario en el análisis del fenómeno. Sin embargo, la interacción directa con las mujeres que viven esta realidad, con las autoridades que se enfrentan cotidianamente con la gestión de la migración, así como con las organizaciones de la sociedad civil y las agencias de cooperación que *de facto* hoy prestan muchos de los servicios enfocados a la población migrante, nos permitió elaborar una panorámica supremamente detallada y situada que, de otro modo, habría sido difícil obtener.

## **Aportes del uso de estos métodos a la investigación sobre migración**

El uso de las actividades de ELC y LIP como métodos de investigación para estudiar el tema de la migración, frente a las complejidades que este tema presenta, ha permitido un acercamiento a la población migrante más vulnerable, que los demás métodos no permiten o permiten de forma menos directa o eficaz. Asimismo, estos facilitan la interacción con los migrantes en contextos más cercanos a su cotidianidad y, por eso, más propicios al desarrollo de una relación de confianza entre las investigadoras y la persona migrante. Así, se crean situaciones e interacciones más favorables para que estos puedan expresar sus necesidades y dificultades en el momento de relacionarse con el derecho y las autoridades del país de acogida<sup>40</sup>.

La ELC propicia el acercamiento a las personas migrantes y a la comunidad donde sus necesidades constituyen el foco de las actividades. Esto

40 Grimes, McQuoid-Mason, O'Brien, Zimmer, "Street law and social justice education", 229.



contribuye a que el intento de comprensión de las situaciones personales de los migrantes y de las dinámicas del fenómeno pueda ser más profundo. Esto en la medida en que incentiva la escucha e invita a dejar de lado juicios preconcebidos.

Ahora bien, las mismas características de las actividades de ELC, cuando son usadas como método de investigación, pueden constituir obstáculos a la construcción de esta relación de confianza y de cercanía con la población migrante. Como se pudo observar, por ejemplo, en el marco de las diversas brigadas jurídicas realizadas por la Clínica Jurídica para Migrantes, la inutilidad del derecho para hacer frente a situaciones de desprotección y vulnerabilidad —como el caso, entre otros, de las mujeres migrantes que ejercen trabajo sexual— puede llegar a frustrar tanto los objetivos de la investigación como los objetivos de la ELC.

Por su parte, los métodos cualitativos como los grupos focales y las entrevistas nos han enfrentado a los relatos de las personas, quienes, con sus percepciones, apreciaciones y descripciones, nos han dejado conocer sus necesidades; así como los aciertos y desaciertos de la gestión realizada por las autoridades. La recolección de los datos, llevada a cabo en el propio campo en el que suceden, son la riqueza más valiosa que el trabajo de este tipo nos deja.

Más allá de las ventajas de tipo investigativo que el uso de los métodos cualitativos ofrecen, es cierto también que estos no están exentos de enormes desafíos. El uso de estos métodos consume tiempo y requiere una alta dosis de logística y organización. Esto hace que sean costosos y que no siempre sea posible acudir a ellos. Cuando se logra financiación, es importante que, en todo caso, se mantenga la autonomía técnica y se garantice la posibilidad de divulgación de los hallazgos y la creación de conocimiento. Otro gran reto que hemos tenido que encarar en el uso de estos métodos tiene que ver con la enorme demanda emocional que esto implica. Esto es especialmente patente cuando las investigadoras se han enfrentado a problemas sociales tan complejos como lo es la migración y el contacto con población en situación de profunda vulnerabilidad.

La investigación cualitativa realizada allí donde los fenómenos sociales ocurren es supremamente retadora también. Lo es en la medida en que nos muestra que reflexionar y escribir sobre el fenómeno migratorio desde nuestras oficinas, aunque es cómodo y controlado, es también insuficiente si realmente queremos conocer las especificidades del fenómeno migratorio actual y cómo este toma una forma especial en su interacción con el territorio. Las revelaciones del trabajo de campo realizado en terreno, en los sitios donde la migración se está sintiendo con mayor presión y en diálogo directo con los actores relevantes abre nuevas vetas para la exploración, la reflexión, el análisis y la creación de conocimiento en materia migratoria.



## Conclusiones

En este texto se ha querido ahondar en los aportes y en los retos que algunos métodos de investigación, tales como el *street lawyering*, la pedagogía de derechos, las entrevistas y los grupos focales, presentan para estudiar y comprender la migración. Un fenómeno que por sus características es difícil de abarcar en toda su complejidad y dinámicas. Se ha argumentado, además, que investigar este tema presenta desafíos particulares en el contexto colombiano, sobre todo por la falta de una política pública migratoria estructurada y de largo plazo.

El análisis y las reflexiones presentadas han querido mostrar algunas de las actividades de ELC realizadas en el marco de la Clínica Jurídica para Migrantes, liderada por las autoras de este texto, como escenarios propicios para hacer investigación en el tema de la migración. Estas actividades proveen una oportunidad valiosa para acercarse a este grupo poblacional en el marco de intervenciones que invitan a compartir experiencias y necesidades y, al mismo tiempo, son una herramienta importante de empoderamiento.

El trabajo en terreno con comunidades y personas, entrando en contacto con las historias, experiencias, percepciones, necesidades y relatos de quienes experimentan el fenómeno migratorio es un insumo supremamente rico en dos sentidos. Por una parte, participamos en el proceso formativo de los estudiantes mediante un método de enseñanza desde el hacer, el cual alimenta su conocimiento sobre migración. Por otra, nos revela un cúmulo muy valioso de datos que enriquecen nuestra comprensión del fenómeno migratorio y abre también nuevas ventanas para la investigación y la creación de conocimiento en la materia. En breve, el LIP, el *street lawyering* y la pedagogía de derechos, así como la interacción con las personas a través de las entrevistas —grupales e individuales— son instrumentos útiles, necesarios y muy poderosos de cara a la construcción de una "realidad más real" del fenómeno migratorio, en el marco de la educación experiencial.

## Bibliografía

- Alviar García, Helena. "The classroom and the clinic: The relationship between clinical legal education, economic development and social transformation". *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 1, n.º 13 (2008): 197-218.
- Berlin, Edward, Anthony Z. Roisman y Gladys Kessler. "Public interest law". *George Washington Law Review* 38, n.º 4 (1970): 674-693.
- Castles, Stephen, Hein de Haas y Mark J. Miller. *The age of migration. International population movement in the modern world*. Londres: Palgrave Macmillan, 2014.

- Castro Buitrago, Erica J. "La enseñanza clínica: un paso hacia la calidad". *Opinión Jurídica* 5, n.º 9 (2006): 175-186.
- Courtis, Christian. "La educación clínica como práctica transformadora". En *Enseñanza clínica del derecho: una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, editado por Marta Villarreal y Christian Courtis. Ciudad de México: ITAM, 2007.
- Cummings, Scott L. y Louise G. Trubek. "Globalizing public interest law". *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 13, n.º 1 (2008): 1-54.
- Cummings, Scott L. "The future of public interest law". *University of Arkansas at Little Rock Law Review* 33, n.º 4 (2011): 355-376.
- Flick, Uwe. "Doing qualitative data collection. Charting the route". En *The SAGE Handbook of Qualitative Data Collection Analysis*, editado por Uwe Flick. Thousand Oaks, California: SAGE Publications, 2018.
- González Morales, Felipe. "El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina". *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n.º 27 (2004): 9-60.
- Gordon, Jennifer. *Suburban sweatshops: The fight for immigrant rights*. Cambridge: Belknap Press, 2007.
- Grimes, Richard Hamilton, David McQuoid-Mason, Ed O'Brien y Judy Zimmer. "Street law and social justice education". *The global clinical movement: Educating lawyers for social justice*, editado por Frank S. Bloch, 225-240. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Hoffman, Ellen E. "Getting to plain language". *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary* 29, n.º 2 (2009): 47-61.
- Organización Internacional para las Migraciones. "Migrantes extracontinentales en América del Sur: estudio de casos". *Cuaderno Migratorio* n.º 5 (2013). <https://publications.iom.int/books/cuadernos-migratorios-ndeg5-migrantes-extracontinentales-en-america-del-sur-estudio-de-casos>
- Pandey, Ajay y Sheena Shukkur. "Legal literacy projects. Clinical experience of empowering poor in India". En *The global clinical movement: Educating lawyers for social justice*, editado por Frank S. Bloch. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Recalde, Gabriela, Tania Luna Blanco y Daniel Bonilla Maldonado. "Justicia de pobres: una genealogía de los consultorios jurídicos en Colombia". *Revista de Derecho*, n.º 47, (2017): 1-72.
- Rodríguez Garavito, César. "Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo". *Revista IUSTA* (2006): 179-216.
- Schneider, Elizabeth M. "Political interference in law school clinical programs: Reflections on outside interference and academic freedom". *Journal of College and University Law* 11, n.º 2 (1984): 179-213.
- Stewart, David W., Prem N. Shandasani y Dennis W. Rook. "Group depth interviews. Focus group research". En *The SAGE Handbook of Applied Social Research Method*, editado por Debra J. Rog y Leonard Bickman. Thousand Oaks, California: SAGE Publications, 2009.
- Vargas-Silva, Carlos, ed. *Handbook in Research Methods in Migration*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012.

Webley, Lisa. "Qualitative approaches to empirical legal research". En *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, editado por Peter Cane y Herbert M. Kritzer. Nueva York: Oxford University Press, 2010.

Wilson, Richard J. *The global evolution of clinical legal education: More than a method*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.



# **La entrevista como técnica para la investigación jurídica\***

Natalia Ramírez Bustamante  
Nicolás Santamaría Uribe

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.482>

Utilizar entrevistas como técnica de investigación no es simplemente una elección metodológica; es también una decisión política. Ella enuncia el papel preponderante que el investigador les otorga a las historias contadas por otras personas en la construcción de la realidad social y privilegia la experiencia vivida por los sujetos como fuente de conocimiento. Su uso implica que el investigador deja de ser el protagonista del texto para dar paso a las opiniones, creencias o vivencias de otros, asumiendo que estas merecen ser escuchadas, valoradas y analizadas para alcanzar una comprensión más compleja de los fenómenos sociales. Para Dvora Yanow utilizar este tipo de herramientas significa valorar el conocimiento de los actores y no únicamente el conocimiento técnico de los académicos, haciendo que las investigaciones sean más democráticas<sup>1</sup>.

Como técnica de investigación, la entrevista es apropiada para explicar o describir fenómenos sociales que los métodos cuantitativos son incapaces de captar o cuya relación de causalidad es indeterminada. También es útil para describir nuevas realidades sociales, para profundizar nuestro entendimiento sobre los motivos por los cuales los sujetos desempeñan determinados roles sociales en ciertos contextos y para comprender el significado que los actores les otorgan a las acciones, los objetos, los lugares y la forma en que se enfrentan, confrontan, resisten o ignoran las reglas jurídicas. Este método de investigación no es particularmente frecuente en las investigaciones jurídicas, pero, como argumentaremos en este texto, ofrece una oportunidad para profundizar en las formas de operación de las normas jurídicas entre los agentes sociales, su apropiación, resistencia y confrontación por parte de los mismos actores y permite, para

1 Dvora Yanow, "Thinking interpretively. Philosophical presuppositions and the human sciences", en *Interpretation and method. Empirical research methods and the interpretive turn*, de Dvora Yanow y Peregrine Schwartz-Shea (Nueva York: Routledge, 2014), 22.

el investigador, una comprensión más compleja y a diferentes escalas de los fenómenos jurídicos que se estudian.

Nosotros hemos sido profesores de Metodología o incluimos módulos de metodología de la investigación en nuestros cursos y tradicionalmente tenemos problemas ubicando literatura sobre la técnica de la entrevista en español. Llenar este vacío es la primera meta de este capítulo. Además, este texto tiene dos objetivos. En primer lugar, busca familiarizar al lector con los fundamentos de la entrevista como técnica de recolección de información. En segundo lugar, el texto espera mostrar el potencial de esta técnica como herramienta en la investigación jurídica a partir del análisis de una investigación en que la entrevista fue la principal herramienta de recolección de información. Con ese fin, el capítulo se divide en tres partes. En la primera, exponemos las propiedades de las entrevistas y los tipos de entrevistas existentes; en la segunda identificamos algunos de los retos e implicaciones que impone esta metodología de investigación; y finalmente, en la tercera parte, utilizamos un estudio de caso para analizar los usos posibles de la entrevista en investigación sociojurídica así como algunos de los retos prácticos que enfrenta el investigador durante el trabajo de campo.

## **La entrevista: ¿qué es, para qué sirve y cuáles son sus tipos?**

La técnica de la entrevista es un método de investigación propia de los estudios cualitativos que, a diferencia de los estudios cuantitativos, se centran en el estudio del *lenguaje* (lo que la gente dice verbalmente o en escritos), los *actos* (cómo actúan las personas en determinados contextos), los *espacios físicos* (cuáles características tienen los espacios donde las personas actúan o qué significan para ellos) y lo que se *referencia en el lenguaje* (de qué y cómo habla la gente de diferentes aspectos de la realidad). A diferencia de lo que generalmente sucede con los trabajos cuantitativos que buscan establecer un conjunto de proposiciones generales de tendencia<sup>2</sup>, los trabajos cualitativos comúnmente se realizan con el objetivo de *inferir el sentido* que comunican, reproducen o invocan<sup>3</sup>. Esto es en parte lo que se hace cuando se analizan entrevistas realizadas en el contexto de un proyecto de investigación.

2 Véase Janet Buttolph y H. T. Reynolds, "Studying politics scientifically", en *Political science research methods* (Washington: CQ Press, 2005). Véase también Gabriel Almond, "Clouds, clocks and the study of politics", en *A discipline divided: Schools and sects in political science*, de Gabriel Almond (California: Sage Publications, 1990).

3 Sobre una caracterización de los métodos cualitativos véase John Gerring, "Qualitative methods". *Annual Review of Political Science* 20 (2017): 15-36.



La discusión sobre qué es una entrevista y cuáles son sus funciones sociales y académicas ha ocupado un importante lugar dentro de la literatura de las ciencias sociales. Como lo expone Brinkmann<sup>4</sup>, las definiciones y los usos que se le han dado a las entrevistas varían según la disciplina académica, las escuelas de pensamiento y los temas que abordan. Sin embargo, siguiendo a Weiss<sup>5</sup>, podemos decir que la entrevista es, en términos generales, una forma de acceder a las observaciones de otras personas.

A diferencia de lo que algunas veces se cree, las entrevistas no se tratan simplemente de grabar lo que dice una persona, implican algo más profundo: se trata de aprender de los demás. Según Weiss<sup>6</sup>, entrevistar es una forma de aprender sobre aquello que desconocemos; a través de esta técnica se aprenden cosas sobre lugares donde no hemos estado, sobre sitios donde no podemos ir o sobre situaciones que no hemos vivido. Esta técnica no solo nos permite conocer las características de la vida social sino también las experiencias internas de las personas, sus pensamientos, sus sentimientos y experiencias. En resumen, nos permite acceder a lo que constituye la condición humana<sup>7</sup>.

Como señala Julia Lynch, el uso de la información recolectada mediante entrevistas puede tener diversos propósitos dependiendo del estado de la investigación, los objetivos, las restricciones para acceder a ellas y el tipo de entrevistas que se utilicen. La información recolectada a través de esta técnica puede ser utilizada, según esta autora, al menos de tres maneras; en primer lugar, como un modo de acercarse a un fenómeno antes de iniciar una investigación; en segundo lugar, como la información principal para una investigación; o, finalmente, en tercer lugar, como parte de una investigación que utiliza múltiples métodos de investigación<sup>8</sup>. Para ver algunos ejemplos de la variedad de usos de las entrevistas mencionados por Lynch en la investigación jurídica recomendamos revisar los trabajos de Lemaitre y Albarracín<sup>9</sup>, Buchely<sup>10</sup>, Gómez<sup>11</sup>

4 Svend Brinkmann, "Unstructured and semi-structured interviewing", en *The Oxford Handbook of Qualitative Research*, editado por Patricia Leavy (Oxford: Oxford University Press, 2014).

5 Robert Weiss, *Learning from strangers. The art and method of qualitative interview studies* (Nueva York: The Free Press, 1994), I.

6 Weiss, *Learning from strangers*, I.

7 Weiss, *Learning from strangers*, I.

8 Julia Lynch, "Aligning sampling strategies with analytic goals", en *Interview research in political science*, editado por Layna Mosley (Ithaca: Cornell University Press, 2013).

9 Julieta Lemaitre y Mauricio Albarracín, "Patrullando la dosis personal: la represión cotidiana y los debates de políticas públicas sobre el consumo de drogas ilícitas en Colombia", en *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, editado por Daniel Mejía (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011).

10 Lina Buchely, "El activismo burocrático y la vida mundana del Estado. Las madres comunitarias como burócratas callejeras y el programa de cuidado de niños Hogares Comunitarios de Bienestar". *Revista Colombiana de Antropología* 51, n.º 1 (2015).

11 Alejandro Gómez, "El discurso del asesino serial en la sociedad contemporánea. El caso de Juana Barraza Samperio, denominada por los medios de comunicación como la 'Mataviejitas'" (tesis de doctorado, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, 2000).

y Ariza y Ángel<sup>12</sup>. En cada uno de estos trabajos la utilización de esta técnica tuvo propósitos distintos dentro de las investigaciones.

El uso de la entrevista como método de investigación conlleva un interés por una construcción de sentido a partir de la experiencia vivida de los sujetos entrevistados y, por lo tanto, renuncia a una idea de verdad trascendental o una verdad más allá de lo fenomenológico. Es decir, el investigador en un estudio cualitativo basado en entrevistas comprende la realidad a partir de las experiencias directas, recuentos y reflexiones sobre esa realidad por parte de los participantes en el estudio (para un análisis del carácter fenomenológico de la investigación a través de entrevistas véase Van Manen<sup>13</sup>). Por ello, las entrevistas son particularmente adecuadas cuando el investigador quiere entender la experiencia y opiniones de un sujeto en un contexto determinado.

Por supuesto, la elección del método de investigación dependerá del objetivo que se plantea la investigación, y algunas investigaciones incluyen una mezcla de métodos en diferentes momentos y escalas. Supongamos por el momento que un investigador está interesado en estudiar el trabajo sexual en una zona determinada de una ciudad. En este contexto, la metodología de observación participante sería útil para describir las formas en que entran en contacto clientes, trabajadoras sexuales, proxenetas y agentes policiales, así como las prácticas de estos grupos. Para determinar la prevalencia de enfermedades de transmisión sexual entre las trabajadoras sexuales el método ideal sería una encuesta. Para entender las motivaciones que tienen las trabajadoras sexuales para desarrollar ese tipo de trabajo, su experiencia haciéndolo, e indagar en lo que significa para ellas participar en este oficio, es decir, lo que Schutz llama el *entendimiento subjetivo*<sup>14</sup> entonces uno de los métodos más indicados podría ser la entrevista<sup>15</sup>.

## Los tipos de entrevista

En su exposición sobre la técnica de la entrevista, Russell Bernard, en su clásico manual de métodos de investigación en antropología, propone

12 Libardo Ariza y Carolina Ángel, "En el corazón del Buen Pastor. La apropiación del discurso de derechos humanos en el contexto penitenciario colombiano". *Antípoda*, n.º 23 (2015): 45-64.

13 Max van Manen, *Researching lived experience: Human science for an action sensitive pedagogy* (Londres, Canadá: The University of Western Ontario, 1990).

14 Alfred Schutz, *The phenomenology of the social world* (Chicago: Northwestern University Press, 1967).

15 Existen métodos cualitativos más extensivos como la historia de vida y la etnografía, que implican una exploración profunda del campo y sus sujetos. Por ejemplo, para examinar el mercado sexual y entender el impacto que tendrían políticas de prohibición o de regularización del trabajo sexual en Sonagachi, una de las zonas rojas más extensas de la India, Prabha Kotiswaran recurrió a la etnografía para entender la distribución de poder entre los agentes del campo social y cómo se modificarían con la implementación de uno y otro tipo de políticas. Prabha Kotiswaran, "Born unto brothels. Toward a legal ethnography of sex work in an Indian Red-Light Area", *Law and Social Inquiry* 33, n.º 3 (2008): 579-629.

pensar las modalidades de entrevista como distintas instancias en un continuo entre un polo en que el entrevistador ejerce más control sobre el rumbo y contenido de la entrevista y un polo en que el entrevistador prácticamente no lo hace<sup>16</sup>. Otros académicos como Ian Parker consideran que no existe algo como una entrevista completamente estructurada pues, con frecuencia, los sujetos dicen cosas que salen de la estructura preparada por el entrevistador antes de que la entrevista comience o después de que se ha apagado la grabadora<sup>17</sup>. Estas expresiones son usualmente importantes y contribuyen a la comprensión del investigador sobre el tema que se estudia. En el otro extremo tampoco existirían entrevistas completamente desestructuradas, pues incluso en las entrevistas informales el investigador tiene una idea sobre qué información debería tratar de recoger en la entrevista<sup>18</sup>.

En el extremo de ausencia de control están las entrevistas informales. En esta modalidad de entrevista, el investigador no cuenta con un guion de preguntas y a lo que se dedica es a entender las lógicas, prácticas y discursos de sus sujetos a lo largo de su permanencia con ellos. En este contexto, el investigador está obligado a ejercer su memoria para luego tomar anotaciones de lo visto, experimentado o escuchado durante el trabajo de campo. La utilidad de esta modalidad de entrevista es que le permite al investigador familiarizarse con el campo de estudio y mejorar el *rappor*<sup>19</sup> con los sujetos que participan en la investigación. En esta modalidad de entrevista existe algún nivel de engaño por parte del investigador, pues no es claro para los sujetos participantes que se encuentren en una entrevista, ya que la forma en que ella ocurre no deja entrever que esté transcurriendo algo más que una charla informal entre el investigador y los sujetos. Este tipo de entrevista es particularmente útil cuando el investigador quiere estudiar la experiencia vivida de otros seres humanos. También es provechoso utilizar entrevistas informales en los primeros encuentros con informantes de un campo de estudio porque a través de ellas es posible crear *rappor*, lo que es más difícil en presencia de un guion, debido a que su utilización suele quitarle naturalidad al intercambio.

Un nivel superior de control es ejercido por el investigador en las entrevistas desestructuradas. A diferencia de la entrevista informal, en esta

16 Rusell Bernard, *Research methods in anthropology: Qualitative and quantitative approaches* (Lanham, MD: AltaMira Press, 2010), 156-186.

17 Ian Parker, *Qualitative psychology: Introducing radical research* (Buckingham: Open University Press, 2005), 53.

18 Brinkmann, "Unstructured and semi-structured interviewing", 285.

19 En la investigación en ciencias sociales se denomina *rappor* a la relación de confianza que se crea entre el entrevistador y el entrevistado y que le permite al entrevistador obtener información suficiente de la realidad que se investiga. Existen desacuerdos en la literatura en torno al nivel de confianza/distancia que debe alcanzarse entre el investigador y el entrevistado. Para una evaluación de la literatura crítica en torno al concepto *rappor*, véase, por ejemplo, Willis Goudy y Harry T. Potter, "Interview Rapport: Demise of a concept". *The Public Opinion Quarterly* 39, n.º 4 (1975-1976): 529-543.

modalidad es claro para el entrevistado que está participando en una entrevista propiamente dicha y que esta está siendo conducida por el investigador. El objetivo de este tipo de entrevistas es conseguir que los participantes compartan información abiertamente sobre sus prácticas, experiencias y percepciones con el investigador. Como lo describe Spradley, a través de la entrevista desestructurada, el investigador busca entender el mundo desde el punto de vista del sujeto entrevistado; el investigador quiere conocer lo que el entrevistado conoce de la forma en que él lo conoce. En el recuento de Spradley, el entrevistado se convierte en el maestro de la realidad del investigador<sup>20</sup>.

A lo largo del continuo y más cerca de un ambiente controlado se encuentra la modalidad de entrevista semiestructurada. Este tipo de entrevista es posiblemente la más utilizada en investigación en ciencias sociales y la que más atención suele recibir en los manuales de investigación cualitativa. En esta modalidad, el investigador cuenta con un guion previamente establecido que determina el orden de los temas y las preguntas que se abordarán en la entrevista. Sin embargo, este esquema no representa una camisa de fuerza en el desarrollo de la entrevista y el investigador puede cambiar el orden de las preguntas según el entrevistado o añadir nuevas preguntas durante la entrevista en caso de que lo considere necesario. Como sugiere Kristin Esterberg, el proceso de la entrevista semiestructurada se asemeja a un baile en que el entrevistador debe estar atento a los movimientos y giros del entrevistado para responder adecuadamente a ellos<sup>21</sup>. Por eso, estas entrevistas requieren una alta concentración de parte del entrevistador, de tal forma que pueda improvisar nuevas preguntas en respuesta a los callejones interesantes y pertinentes por los que lo lleve el entrevistado. Este tipo de entrevista es particularmente útil cuando el entrevistador no tendrá más que una oportunidad para recoger información, pues su carácter guiado garantiza que se cubran los temas básicos del estudio en una sola sesión. Además, cuando el investigador espera identificar patrones entre las respuestas de los entrevistados, contar con una guía de preguntas garantiza que se cuente con información sobre un mismo tema de todos los participantes.

Finalmente, en el polo en el cual el investigador ejerce total control sobre la entrevista se encuentra la entrevista estructurada. En estas entrevistas se espera que los entrevistados respondan a un conjunto de estímulos idénticos. Por esta razón, los investigadores son entrenados para que reproduzcan las preguntas formulando siempre las mismas palabras y sin nunca ofrecer ninguna información adicional al entrevistado. El objetivo de este tipo de control es que la forma estandarizada de

20 James Spradley, *The ethnographic interview* (Long Grove: Waveland Inc, 1979), 34.

21 Kristin Esterberg, *Qualitative methods in social research* (Boston: McGraw Hill, 2001), 87.

realizar las preguntas debería permitir que las respuestas sean comparadas entre los participantes y posiblemente cuantificadas<sup>22</sup>.

## **Los retos del uso de entrevistas como método de investigación**

Crear que hacer trabajo de archivo, realizar modelos estadísticos o producir textos puramente teóricos es más difícil que hacer entrevistas es una equivocación. La utilización de esta técnica exige superar unos retos particulares que deben ser tenidos en cuenta por parte de quienes están interesados en utilizarla y también por parte de los lectores de este tipo de investigaciones. A continuación, se presentan, de manera resumida, un conjunto de desafíos señalados comúnmente en la literatura y las implicaciones asociadas a estos.

### **La elección de los informantes: un asunto metodológico y ético**

La selección de los participantes no puede basarse en el capricho del investigador (muestreo por conveniencia). En las investigaciones deben hacerse explícitos los criterios por los cuales se seleccionaron los participantes y las razones por las que esa selección es acorde con los objetivos de la investigación<sup>23</sup>.

Dependiendo de las características del estudio, el investigador puede apelar a un muestreo aleatorio, un muestreo intencional (cuando selecciona a los sujetos de investigación basado en las características de la población que son relevantes para contestar a la pregunta de investigación) o a un muestreo por referencia o bola de nieve (cuando se selecciona uno o varios puntos de inicio a partir de características relevantes para el estudio y posteriormente la elección de los entrevistados resulta por referencia).

La investigación con sujetos humanos puede conllevar consecuencias nefastas para los entrevistados cuando los investigadores no asumen una responsabilidad ética. La manera como se recluta a los participantes, los incentivos que se generan por participar y la forma como se minimizan los posibles riesgos, tanto para el investigador como para los

22 Frederick G. Conrad y Michael F. Shober, "New frontiers in standardized survey interviewing", en *Handbook of Emergent Methods*, editado por Sharlene Nagy Hesse-Biber y Patricia Leavy (Londres: Guilford Press, 2008), 173-188.

23 Lynch, "Aligning sampling strategies". Un texto útil sobre criterios de evaluación de estudios cualitativos es el siguiente: Peregrine Schwartz-Shea, "Judging quality. Evaluative criteria and epistemic communities", en *Interpretation and method. empirical research methods and the interpretive turn*, editado por Dvora Yanow y Peregrine Schwartz-Shea (Nueva York: Routledge, 2014).

entrevistados, debe ser explícita y acorde a los criterios éticos establecidos para este tipo de investigaciones (véanse los trabajos de Brooks<sup>24</sup>, Fujii<sup>25</sup>, Duncombe y Jessop<sup>26</sup> y Wood<sup>27</sup>). Todo esto implica elaborar formatos de consentimientos informados, diseñar un plan de manejo de datos de acuerdo con las características de cada investigación y a conocer con claridad los aspectos legales en torno a los derechos sobre la información recolectada<sup>28</sup>.

Actualmente, la mayoría de los proyectos en los que se involucran sujetos humanos son sometidos a la evaluación por parte de un comité de ética lo cual implica que los investigadores deben prepararse para sustentar sus trabajos ante ese organismo, someterse a decisiones que pueden implicar cambios en su diseño de investigación inicial e incluso abandonar investigaciones en las que han invertido tiempo y esfuerzo por no obtener el aval del comité de ética correspondiente. En comparación con otro tipo de técnicas, las entrevistas no pueden ser realizadas sin previa aprobación del comité.

## El uso del lenguaje: cómo hablamos y cómo nos hablan

Generalmente, cuando un investigador lleva a cabo su trabajo de campo ya tiene en mente un conjunto de trabajos académicos que nutren el estado del arte del tema que desea abordar. Eso hace que el investigador piense en los fenómenos sociales a través de categorías y conceptos. Sin embargo, cuando se realizan entrevistas —dependiendo de la población— un reto fundamental consiste en lograr obtener información sobre esas categorías que le interesan al investigador mediante un lenguaje comprensible para los entrevistados. Esto implica la realización de un análisis previo del contexto, la realización de entrevistas informales, la elaboración de entrevistas de prueba o entrevistas piloto, entre otras<sup>29</sup>.

24 Sarah Brooks, "The ethical treatment of human subjects and the IRB process", en *Interview Research in Political Science*, editado por Layna Mosley (Ithaca: Cornell University Press, 2013).

25 Lee Ann Fujii, "Research ethics 101: Dilemmas and responsibilities". ps: *Political Science and Politics* 45 (2012): 717-723.

26 Jean Duncombe y Julie Jessop, "Doing Rapport' and the ethics of 'faking friendship'", en *Ethics in qualitative research*, editado por Maxine Birch, Tina Miller, Melanie Mauthner y Julie Jessop (Los Ángeles: Sage Publications, 2012), 108-121.

27 Elisabeth Wood, "The ethical challenges of field research in conflict zones", *Qualitative Sociology* 29, n.º 3 (2006): 373-386.

28 Louise Corti et al., *Managing and sharing research data: A guide to good practice* (Londres: Sage Publications, 2014).

29 Véase Cathie Jo Martin, "Crafting interviews to capture cause and effect", en *Interview research in political science*, editado por Layna Mosley (Ithaca: Cornell University Press, 2013), 109-124. Véase también Joe Soss, "Talking our way to meaningful explanations. A practice-centered view of interviewing for interpretive research", en *Interpretation and method. Empirical research methods and the interpretive turn*, editado por Dvora Yanow y Peregrine Schwartz-Shea (Nueva York: Routledge, 2014), 5-26.

Algo más relacionado con el lenguaje es la capacidad del investigador de captar información relevante que no se expresa de manera explícita o que se manifiesta en palabras desconocidas para el investigador. Por un lado, cuando se realizan entrevistas, expresiones como “mmm”, “pues” o el silencio frente a alguna pregunta pueden ser un material invaluable<sup>30</sup>. La entonación, la asertividad o la incomodidad en las respuestas deben ser comprendidas como observaciones valiosas y deben ser registradas en las transcripciones de manera fidedigna (aspecto que retomaremos más adelante).

Por otro lado, a pesar de la experiencia que un investigador pueda tener sobre un tema, cuando se establecen conversaciones empiezan a aparecer en las respuestas palabras, términos, conceptos y referencias desconocidas o a las que el investigador les asigna otro significado. Supongamos que una profesora está interesada en analizar la carrera delincucional de personas detenidas por hurto en una cárcel de Bogotá. Posiblemente, aparecerán palabras como *faltón*, *calentado*, *visaje*, *cascarero*, *tarjetero*, *uña*, *pluma*, *muñeco*, *cacharro*, entre muchas, que difícilmente aparecen en los textos académicos pero que la investigadora debe comprender para hacer una interpretación correcta de los hallazgos.

Finalmente, una tercera implicación de este reto tiene que ver con trasladar los hallazgos de las entrevistas a un texto académico. Esto quiere decir, reportar algo que está en un lenguaje “natural” a un lenguaje “académico”. Generar reportes de las investigaciones resulta en un vaivén constante entre los fragmentos de las entrevistas y los fundamentos teóricos de la investigación. Podemos decir que es algo similar a traducir un texto de un idioma a otro, lo cual es una labor que demanda tiempo, esfuerzo y sistematicidad.

### **La técnica y las tecnologías: recolectar, sistematizar, analizar y reportar**

El uso de la técnica de las entrevistas obliga al investigador a conocer aspectos técnicos con respecto al procesamiento de información. De la misma manera que un investigador que realiza análisis estadísticos debe comprender cómo se organiza una base de datos y debe aprender a utilizar programas especializados, quienes realizan entrevistas deben conocer las herramientas a través de las cuales se recolecta, sistematiza, analiza y presenta la información.

Con respecto a este reto hay diversas implicaciones; en primer lugar, conocer la herramienta tecnológica con la que se graban las entrevistas es fundamental. Aunque a primera vista grabar es solo cuestión de

30 Bernard, *Research methods in anthropology*.

presionar un par de botones, aspectos como la capacidad de la memoria, la autonomía de la carga eléctrica y el formato en el que se graba la información son muy relevantes, independientemente de la herramienta que se utilice para grabar. En segundo lugar, transcribir las entrevistas es una tarea que demanda tiempo y puede ser muy tediosa, incluso cuando se utilizan programas para transcribir audios en textos, pues quien realiza la transcripción debe corregir la puntuación, dar cuenta de las entonaciones y verificar que las palabras escritas coincidan con los audios. Una mala transcripción puede generar graves problemas de interpretación de la información e incluso puede ser vista como una manera de alterar los datos. En tercer lugar, se recomienda que el investigador maneje programas de análisis de datos cualitativos como NVivo, MAXQDA o ATLAS.TI. Aunque la interface de estas herramientas es amigable para los usuarios, es necesario tener un entrenamiento básico para su uso. La creación de categorías, códigos y subcódigos para clasificar los fragmentos de las entrevistas y poder generar reportes tiene implicaciones metodológicas, pero también operativas.

### **Estrategias conversacionales: planear antes de practicar**

En las entrevistas, a diferencia de las conversaciones que tenemos regularmente, la obtención de información implica que el entrevistador maneje un conjunto de estrategias conversacionales que le permitan extraer información relevante para su pregunta de investigación. Por lo tanto, antes de utilizar esta herramienta es importante que los investigadores se familiaricen y se entrenen en su uso. Aunque la lista de esas estrategias es bastante extensa, señalaremos algunas de las más importantes.

En primer lugar, tanto las preguntas como la interacción con los entrevistados deben estar *carentes de juicios*. Las preguntas deben ser revisadas y probadas minuciosamente (ojalá en pruebas piloto) para evitar que en ellas existan juicios de valor que generen sesgos en las respuestas o incluso que resulten ofensivas para los informantes<sup>31</sup>. También, el investigador debe ser consciente de los ademanes, las muecas y los movimientos que realiza durante la entrevista para evitar que el entrevistado se sienta juzgado por sus respuestas.

En segundo lugar, la utilización de *preámbulos* a las preguntas es una estrategia que tiene un gran potencial para guiar la conversación. Un preámbulo como, por ejemplo, “algunas personas me han hablado de que en esta zona existe un conflicto...”, puede ser una buena forma de corroborar información o de focalizar la pregunta sobre un aspecto puntual de la realidad. Sin embargo, esta estrategia mal utilizada puede terminar en

31 Pierre Bourdieu, “Understanding”. *Theory, Culture & Society* 13, n.º 2 (1996): 17-37.



dos resultados adversos: la creación de sesgos en las preguntas o en que el entrevistador termine por convertirse en el protagonista de la entrevista. Generalmente, el hecho de que un investigador hable más que un entrevistado genera serias dudas sobre la adecuada utilización de esta técnica.

En tercer lugar, la forma en la que se presenta el investigador y el modo en el que pide la colaboración de los informantes debe *poner de manifiesto la importancia que tiene el entrevistado y sus respuestas para el estudio*. Los informantes deben sentir que lo que dicen es importante para quien realiza la entrevista. Incluir esto dentro del texto que contiene el consentimiento informado, decirlo de manera verbal y tener una actitud receptiva frente a las respuestas son solo algunas formas de mostrar interés por parte del investigador.

En cuarto lugar, el orden de las preguntas y de las líneas conversacionales debe tener un orden lógico, pero también estratégico. Comenzar, por ejemplo, con preguntas muy específicas puede ser amenazante, una entrevista no puede empezar igual que un interrogatorio policial. Una implicación de realizar entrevistas radica en revisar constantemente el orden de las preguntas, buscar preguntas adecuadas para iniciar una conversación y para cerrarla. Además, obliga a utilizar estrategias para que las personas nos brinden información adicional. Pedirles a las personas que expliquen mejor algo o que cuenten más sobre una experiencia son formas de obtener más información sobre algo que le interese al investigador.

## **Estudio de caso: entrevistas semiestructuradas para entender la discriminación en la práctica**

Pese al auge del uso de métodos cualitativos fomentado por la Escuela de Derecho y Sociedad en Estados Unidos desde los años setenta y del influjo de esa escuela en América Latina<sup>32</sup>, el uso de métodos cualitativos de investigación es todavía exótico en la academia local, aunque contamos algunos ejemplos recientes<sup>33</sup>. En efecto, aunque en nuestro contexto este tipo de análisis es todavía incipiente y relativamente marginal, para académicos en otras latitudes el interés por investigación de esta índole

32 Mauricio García y César Rodríguez, "Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos", en *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, editado por Mauricio García Villegas y César Rodríguez (Bogotá: ILSA, 2003), 15-65.

33 Véase Natalia Ramírez-Bustamante, Laura Porras-Santanilla y Lina Buchely, "¿Mujeres al margen? Estudios empíricos en trabajo y derecho". Presentación de la *Revista cs*, n.º especial (2019); Libardo Ariza y Manuel Iturralde, "The bullet in the glass: War, death, and the meaning of penitentiary experience in Colombia". *International Criminal Justice Review* 29, n.º 3 (2019); Lina Buchely, *Activismo burocrático: la construcción cotidiana del principio de legalidad* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015).

acumula varias décadas<sup>34</sup>. Al tiempo, los estudios empíricos en derecho han ganado espacio en varias universidades alrededor del mundo y algunas de las principales facultades de derecho cuentan hoy con programas o iniciativas que promueven este tipo de investigación<sup>35</sup> aunque mucho del análisis que se realiza allí es de índole cuantitativo.

El recurso a los métodos cualitativos como herramienta de investigación en derecho tiene muchas virtudes, pero, particularmente, que le permiten al investigador un acercamiento inigualable al derecho en acción y a la forma en que el derecho y sistemas alternativos de reglas se articulan y/o compiten lado a lado en la vida social. Por ejemplo, como mostraremos en esta sección, entender la discriminación de género que ocurre en contra de mujeres en embarazo o mujeres con responsabilidades de cuidado en los procesos de precontratación en las empresas privadas es muy difícil de captar con otras metodologías de investigación. En el caso de la investigación que describiremos en esta sección, fue a través de esta herramienta como se alcanzó una comprensión más detallada de los distintos mecanismos que operan para excluir a las mujeres del trabajo formal en nuestro país. En este sentido, el trabajo de campo tiene el potencial no solo de complementar el trabajo teórico que los académicos valoramos altamente, sino que ofrece enfoques de análisis difíciles de percibir a partir de los métodos más tradicionales de investigación. Desde esta perspectiva, el trabajo de campo tiene un potencial transformador tanto para la academia jurídica como para el investigador mismo.

### **El diseño de la investigación y la utilidad de la entrevista semiestructurada**

El trabajo de campo que culminó en la investigación titulada “Mujeres negociantes. Transando cuidado y trabajo a lo largo del continuo formalidad/informalidad en la industria de confección en Colombia”<sup>36</sup> buscaba entender el papel de la protección laboral de la maternidad<sup>37</sup> y las responsabilidades de cuidado en los resultados laborales de las mujeres utilizando la industria de confección como campo de análisis. Por una parte, la investigación buscaba ofrecer mayores elementos de juicio para entender

34 Véase Peter Shuck, “Why don’t law professors do more empirical research?”. *Journal of Legal Education*, n.º 39 (1989); Michael Heise, “The importance of being empirical”. *Pepperdine Law Review* 26, (1999): 808-833; Elizabeth Warren, “The market for data: The changing role of social sciences in shaping the law”. *Wisconsin Law Review*, n.º 1 (2002).

35 Theodore Eisenberg, “Why do empirical legal scholarship?”. *San Diego Law Review* 41, n.º 4 (2004): 1742.

36 Natalia Ramírez, “Bargaining women: Negotiating care and work across formality and informality in the Colombian garment industry” (tesis de doctorado, Universidad de Harvard, 2017).

37 Nos referimos al conjunto de medidas de protección a las trabajadoras en embarazo establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo (arts. 236-244). Estas garantías incluyen la prohibición de despedir a las trabajadoras en embarazo *a causa* del embarazo; una licencia remunerada de maternidad y descansos para la lactancia después de la revinculación al trabajo de la mujer lactante, entre otros beneficios.

el peso de la maternidad y la protección laboral de la maternidad sobre la experiencia laboral de trabajadoras de base en esta industria. Para ello, la investigación se preguntaba, por ejemplo, si los empleadores interpretarían un incremento en la licencia de maternidad como un desincentivo para la contratación de mujeres y si estos incurrieran en prácticas discriminatorias para evitar contratarlas. La investigación también se preguntaba por la articulación entre el trabajo económicamente productivo y el trabajo de cuidado entre ese grupo de trabajadores, y finalmente, por si las trabajadoras conocían sus derechos laborales asociados a la maternidad y a la no discriminación por motivos de género, responsabilidades familiares o situación parental, así como los mecanismos jurídicos para reclamarlos.

La intuición que guio la investigación era que el esquema de protección a la maternidad en el trabajo, concentrado únicamente en proteger a las madres trabajadoras (en lugar de una protección a ambos padres), podría generar un incentivo para discriminar a las mujeres en el acceso al empleo<sup>38</sup>. Por esto, la hipótesis inicial de la que partió la investigación fue que uno de los principales factores para explicar la mayor participación de las mujeres en el trabajo informal era el resultado de una discriminación estadística contra las mujeres en edad reproductiva ocasionada por un esquema de protección a la maternidad concentrado en las mujeres (y no en ambos padres), hipótesis para la que se contaba con alguna evidencia cuantitativa<sup>39</sup>.

La selección de la metodología cualitativa de entrevistas semiestructuradas en esta investigación estuvo motivada por tres razones fundamentales. En primer lugar, y como hemos señalado antes, una de las virtudes de la entrevista como método de investigación es que a través de ella se pueden explicar o describir relaciones entre fenómenos sociales que los métodos cuantitativos no logran captar. Para indagar sobre las causas de los resultados cuantitativos que sugerían una práctica sistemática de discriminación en el mercado en contra de las mujeres en edad reproductiva, era necesario recurrir al campo para indagar la causa de esos resultados y si en efecto eran, en alguna medida, el reflejo de conductas discriminatorias de parte de los empleadores. En segundo lugar, no existía ninguna investigación cualitativa en nuestro contexto que explorara las conexiones mutuas entre factores como la maternidad, la regulación de

38 Natalia Ramírez, “¿Poder o desventaja? El derecho de las mujeres a no ser despedidas durante el embarazo. Análisis legislativo y jurisprudencial de la protección a la mujer durante el embarazo, 1938-2008” (tesis de maestría, Universidad de los Andes, 2008).

39 Una investigación previa había encontrado que luego de la ampliación del periodo de licencia de maternidad de 12 a 14 semanas realizado en el 2011, las mujeres en edad reproductiva tuvieron peores resultados laborales (comparadas con mujeres fuera de la edad reproductiva y todos los hombres). Ana María Tribín, Carmiña Vargas y Natalia Ramírez, “Unintended consequences of maternity leave: The case of Colombia”. *World Development* 122 (2019): 218-232.

la maternidad, las responsabilidades de cuidado y la experiencia laboral de las mujeres. Aunque investigaciones previas habían estudiado el lugar del género y la construcción del género en el periodo de industrialización textil colombiano<sup>40</sup> y otras en maquilas en México<sup>41</sup>, el papel de la maternidad no había sido un asunto central en ninguno de esos trabajos. En tercer lugar, algunas académicas feministas han argumentado que particularmente las entrevistas semiestructuradas son una herramienta útil para investigar a las mujeres y a otros grupos marginados porque les permite a los miembros de estos grupos contar sus propias historias<sup>42</sup>.

La metodología de reclutamiento en este estudio fue la bola de nieve con varios contactos de inicio para obtener una muestra tan diversa como fuera posible. Por ejemplo, en todas las ciudades se contó con al menos cinco contactos distintos para empezar en una red amplia e iniciar con cada uno de ellos una bola de nieve reduciendo la posibilidad de explorar un único núcleo laboral. Durante el trabajo de campo se utilizaron varios métodos de investigación, como entrevistas informales y observación participante, pero las entrevistas semiestructuradas fueron la herramienta principal de recolección de información.

Entre otros temas, el trabajo de campo intentó entender si los resultados adversos de las mujeres en edad reproductiva podrían ser el resultado de la discriminación en el acceso al empleo o durante la vigencia de la relación laboral, o si la menor participación de las mujeres en el trabajo informal se debía a otros factores como, por ejemplo, un menor interés de las mujeres en participar en el trabajo formal. A partir de las entrevistas semiestructuradas con trabajadores y empleadores formales e informales en confección fue posible identificar algunos de los mecanismos en operación. Por ejemplo, se encontró que algunas empresas formales adoptan la práctica de pruebas de embarazo sin conocimiento de la candidata, incluyéndola, bajo otra denominación entre los exámenes preocupacionales realizados en los procesos de precontratación. Pese a que la práctica de esta prueba está legalmente prohibida en nuestro país, y a que los empleadores conocen esta prohibición, su realización sigue siendo usual<sup>43</sup>. En los

40 Véase Luz Gabriela Arango, *Mujer, religión e industria. Fabricato 1923-1982* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Universidad de Antioquia, 1991). Véase también Anne Farnsworth-Alvear, *Dulcinea in the factory. Myths, morals, men and women in Colombia's industrial experiment 1905-1960* (Durham: Duke University Press, 2000).

41 Véase María Patricia Fernández-Kelly, *For we are sold, I and my people. Women and industry in Mexico's frontier* (Albany: State University of Nueva York, 1983). Véase también Leslie Salzinger, *Genders in production. Making workers in Mexico's global factories* (Berkeley: University of California Press, 2003). Véase también Jane L. Collins, *Threads. Gender, labor and power in the global apparel industry* (Chicago: The University of Chicago Press, 2003).

42 Marjorie L. DeVault, *Liberating method: Feminism and social research* (Filadelfia: Temple University Press, 1999). Véase también Shulamit Reinharz, *Feminist methods in social research* (Nueva York: Oxford University Press, 1992).

43 De acuerdo con la Encuesta Nacional de Demografía y Salud, al 32,5% de las mujeres que han trabajado alguna vez les pidieron una prueba de embarazo. Nótese que esta cifra es un subregistro

casos en que esta prueba es positiva, las empresas declinan la contratación de la trabajadora<sup>44</sup>. También se encontró que en las entrevistas antes de la contratación a las mujeres con hijos o responsabilidades de cuidado se les hacen preguntas orientadas a determinar sus arreglos privados para el cuidado de niños y parientes, preguntas que no se realizan cuando los candidatos son hombres. Finalmente, la mayoría de trabajadoras formales entrevistadas describieron su experiencia de trabajo como “estresante”, “pesada”, “agotadora” a causa de las exigencias de productividad de las empresas y un control jerárquico y sancionatorio que no atendía razones personales para faltar ocasionalmente al empleo, llegar tarde o querer hacer una llamada telefónica durante la jornada laboral. Estas prácticas, de acuerdo con las trabajadoras, las excluían del trabajo formal y, dada la necesidad de contribuir a los ingresos familiares, las llevaban, en muchos casos, al trabajo informal. En estos talleres informales, denominados en la jerga del sector *satélites*, la contratación es verbal, los horarios de trabajo extensos y el salario se gana usualmente a destajo, es decir, por operaciones realizadas. En muchos casos, las trabajadoras preferían trabajar en satélites cercanos a sus lugares de residencia, lo cual les acortaba los trayectos diarios en transporte público y les permitía una mayor cercanía a sus hijos. Muchas mujeres con hijos pequeños o con responsabilidades de cuidado recurren a este tipo de empleo porque les permite una mayor flexibilidad horaria. En ocasiones, podían llevar a sus hijos al taller para terminar la jornada laboral o llegar a acuerdos de horario con el dueño del taller y reponer horas perdidas durante un día en la jornada laboral siguiente. Aunque muchas mujeres preferirían tener un trabajo formal que les permitiera tener acceso a lo que ellas perciben como un mejor sistema de salud, así como a aportes pensionales, vacaciones pagadas y los demás beneficios del trabajo dependiente cubierto por la ley laboral, sus responsabilidades de cuidado y la inflexibilidad del trabajo formal, así como sus barreras de acceso, hacen parecer esta alternativa imposible<sup>45</sup>.

La descripción densa que permitió el recurso a las entrevistas semi-estructuradas en esta investigación y la comprensión de las motivaciones de los agentes para desplegar un repertorio de acciones y estrategias nos ayuda a iluminar con mayor detalle algunos de los factores que inciden en las decisiones laborales de empleadores y trabajadores en el sector estudiado. Pese a su especificidad sectorial, este puede iluminar prácticas comunes a otros sectores e industrias en torno a la maternidad y las

---

de la práctica de pruebas de embarazo pues supone que la candidata al empleo conozca de esta. Profamilia, Encuesta Nacional de Demografía y Salud Bogotá, 2015.

44 Natalia Ramírez-Bustamante, “‘A mí me gustaría, pero en mis condiciones no puedo’. Maternidad, discriminación y exclusión: el paso del trabajo formal al trabajo informal en confección en Colombia”. *Revista cs*, n.º especial (2019): 241-269.

45 Ramírez-Bustamante, “‘A mí me gustaría, pero en mis condiciones no puedo’”, 241-269.

responsabilidades de cuidado que resultan invaluable para el investigador sociojurídico que se pregunta por el nivel de absorción de un grupo de normas jurídicas entre un grupo social específico y las formas de resistencia que las comunidades construyen.

## Los obstáculos en la investigación de campo

Los obstáculos que aparecen cuando se decide hacer trabajo de campo son múltiples, pero aquí nos concentraremos en los dos principales que se enfrentaron en esta investigación: conseguir acceso al campo para construir *rapport* con los participantes y conseguir que los participantes compartan abiertamente sus experiencias.

### Reto 1: ganar el acceso al campo y construir *rapport* con los participantes

Tal vez uno de los principales obstáculos que se enfrentan cuando se utilizan metodologías cualitativas es el de ganar acceso al campo objeto de estudio y construir *rapport* con los participantes. Con frecuencia, se trata de campos que no han sido explorados previamente por el investigador lo que dificulta el acceso a sus miembros, en los que los investigadores ponen en peligro su propia integridad, actividades en las cuales los sujetos tienen algo que ocultar o en los cuales el investigador es completamente un foráneo por ser extranjero o por ostentar una clase social o una raza distinta de la de sus investigados, lo que puede obstaculizar o facilitar (dependiendo del contexto) el trabajo de recolección de información. También, en ocasiones, un mismo investigador enfrenta varios de los anteriores retos durante una misma investigación.

Algunos trabajos recientes han explorado la experiencia de trabajadores de base en distintos contextos y experimentado distintos tipos de retos. Por ejemplo, Seth Holmes investigó la migración irregular de trabajadores mexicanos a Estados Unidos, así como sus condiciones de trabajo en la recolección de frutas en California. Inicialmente, tomado por un traficante de drogas o un agente de la Agencia Central de Inteligencia (CIA), Holmes relata como un reto de la investigación la desconfianza que despertaba entre los trabajadores mexicanos a quienes quería investigar. Fue principalmente el intercambio continuado con la comunidad, es decir, la creación de *rapport*, con un trabajador y su familia lo que le permitió avanzar con su investigación e incluir a otros participantes<sup>46</sup>. Para describir exhaustivamente esa experiencia laboral y la travesía desde sus lugares de origen, Holmes cruzó irregularmente la frontera desde Oaxaca con

46 Seth Holmes, *Fresh fruit, broken bodies. Migrant farmworkers in the United States* (Berkeley: University of California Press, 2013).

un grupo de trabajadores; fue detenido con ellos por la policía migratoria de Estados Unidos y después deportado. Juan Ordóñez, en su investigación con jornaleros migrantes en las calles de Berkley, relata a su vez la desconfianza que generaba su presencia entre quienes esperaban en las esquinas para conseguir un trabajo por jornal y cómo esta desconfianza limitaba sus posibilidades de grabar entrevistas o tomar notas de campo en la calle pese a ser, él también, un inmigrante en Estados Unidos<sup>47</sup>. En estos dos casos, el trabajo de los investigadores enfrentaba la dificultad de investigar a personas en situación irregular que podían ser detenidas por infringir leyes migratorias.

Por otro lado, en su investigación sobre las *dagongmai* (trabajadoras chinas que migran del campo para insertarse en el trabajo industrial de exportación), Pun Ngai relata las dificultades que tuvo para relacionarse con la fuerza de trabajo con la que laboró físicamente durante 1995 y 1996, en una empresa de electrónicos en la provincia de Shenzhen, y que sería solo después de los primeros meses de labor que las trabajadoras (su objeto de investigación) empezaron a dirigirle la palabra. En su relato, Pun Ngai recuerda que haber trabajado en jornadas de doce horas con los mismos trabajadores y vivir con ellos en los dormitorios que proveía la empresa facilitaron este acercamiento, aunque también limitaron sus posibilidades de mantener un diario de campo<sup>48</sup>. En contraste, en su investigación con trabajadoras en ventas de productos por catálogo en Ecuador, Erynn Masi de Casanova describe el entusiasmo y curiosidad con la que la recibían las participantes en su investigación siendo una investigadora de Estados Unidos y cómo con frecuencia le hacían preguntas sobre su cultura y su país<sup>49</sup>.

En la investigación que terminó con “Mujeres negociantes”, el principal desafío fue tener acceso al campo, y, contrario a las expectativas iniciales, resultó más difícil obtener acceso a las empresas formales que a los emprendimientos informales. Este obstáculo fue paradójico, ya que la posición de clase de la investigadora en relación con los empleadores formales era más cercana que con respecto a los propietarios informales. Al mismo tiempo, fue en parte esa posición de clase lo que le permitió a la investigadora tener acceso a las empresas formales incluidas en este estudio, con las cuales se entró en contacto a través de una funcionaria del distrito, familiares de la investigadora y personas conocidas o con quienes la investigadora compartía personas conocidas. La dificultad

47 Juan Thomas Ordóñez, *Jornalero. Being a day laborer in the USA* (Berkley: University of California Press, 2015).

48 Pun Ngai, *Made in China. Women factory workers in a global workplace* (Durham y Hong Kong: Duke University Press; Hong Kong University Press, 2005).

49 Erynn Masi de Casanova, *Making up the difference. Women, beauty and direct selling in Ecuador* (Austin: University of Texas Press, 2011).



que se enfrentó para ganar acceso a otras empresas formales con las que se entró en contacto pese a numerosas llamadas, correos electrónicos y mensajes de terceras personas pudo deberse a varios factores o a su confluencia (p. ej. falta de interés en el objeto de la investigación; considerar que la investigación requeriría la disposición de recursos humanos para atender a la investigadora o desinterés en que un tercero conociera las prácticas laborales y/o de producción de la empresa). A las solicitudes formales de acceso a otras empresas formales, la investigadora adjuntó el formulario de ética de la investigación que contenía una descripción breve del objetivo de la investigación. En un par de ocasiones, empresas formales pidieron tener acceso a las guías de las entrevistas, es decir, al cuestionario que sería aplicado a los participantes. Considerando que esta solicitud ponía en riesgo la integridad de la investigación, estas fueron rechazadas y, por tanto, el acceso a dichas empresas fue negado.

La construcción de *rapport* con los empleadores formales incluidos en el estudio fue relativamente sencilla. Todos ellos sabían con antelación a la entrevista que la investigadora era una estudiante del doctorado en derecho en una universidad en Estados Unidos. Siendo la mayoría ellos hombres de clase alta o media alta, algunos con posgrados en Estados Unidos, la mayoría manifestaban una cierta satisfacción por hablar con alguien con quien pudieran recordar algunas de sus experiencias como estudiantes extranjeros y quien además estaba interesada en la industria en la que ellos trabajaban. Posiblemente, la relativa cercanía que sentían con la investigadora por las características compartidas generó una confianza adicional que permitió adelantar varias entrevistas en cada una de las empresas formales en las que tuvo lugar la primera entrevista con el gerente, presidente o propietario de la empresa. Dado que en la mayoría de estos casos no se trataba de mantener una relación de largo plazo, el *rapport* podía limitarse al transcurso de la entrevista.

Establecer una relación con los propietarios y trabajadores de empresas informales fue relativamente más complicado. Antes de iniciar las primeras entrevistas, se realizaron varias sesiones de observación participante en que la investigadora asistió a reuniones de la Cámara Colombiana de las Confecciones (entidad que agremiaba confeccionistas formales e informales), reuniones informativas con propietarios en centros comerciales de El Madrugón en Bogotá, reuniones con la Cámara de Comercio y varias semanas asistiendo a los días de madrugón en el centro comercial El Gran San, así como entrevistas informales. Contar con algunos conocidos que se volvieron más cercanos a la investigadora durante el curso de la investigación y ser vista con ellos en el centro comercial o en reuniones, facilitó luego el acceso a otros empresarios. Las primeras semanas de trabajo de campo fueron útiles para que la investigadora se familiarizara con el vocabulario más usado en la industria, conociera algunos talleres de confección a los que asistía con miembros de la Cámara Colombiana de la



Confección y aprendiera los nombres de la maquinaria y el funcionamiento general de un taller de confección.

Haber ganado acceso al campo a través de la Cámara y sus agentes, facilitó para la investigadora que varios confeccionistas abrieran la puerta de sus talleres y luego refirieran a otros propietarios. Por supuesto, la diferencia entre la investigadora y sus sujetos de investigación era notable. Aunque los dueños de los talleres de confección más grandes tenían un nivel de ingresos que los ubicarían en la clase media en sus ciudades, la diferencia más notoria entre la investigadora y los participantes eran sus niveles educativos. Para reducir el impacto de esas diferencias, durante las entrevistas, se utilizaron dos estrategias. En primer lugar, las preguntas fueron diseñadas en el lenguaje más corriente posible y se incluían afirmaciones contextuales que utilizaban, siempre que fuera posible, el vocabulario más frecuente en la industria. En segundo lugar, dado que el acto de vestir implica distinción en sí mismo, se hizo un esfuerzo consciente de utilizar una forma de vestir sencilla tan parecida al vestido de los trabajadores como fuera posible. Así, la investigadora adoptó como su vestido de campo unos *jeans* de corte clásico y sin accesorios, una camiseta o una blusa, una chaqueta simple y zapatos cómodos.

Siempre que fuera posible, se aprovecharon espacios de socialización con los trabajadores. Las horas de almuerzo y recesos a media mañana o media tarde eran buenos momentos para cambiar el esquema de conversación y permitir un acercamiento más personal con los trabajadores. En algunas ocasiones, cuando la costumbre en la empresa era la de llevar la comida, la investigadora hacía lo propio. En otros talleres, los trabajadores iban a casas particulares donde contrataban el servicio de alimentación semanal, almuerzos a los que también asistía la investigadora. Finalmente, en algunas ocasiones las entrevistas se realizaron en las casas de los trabajadores y en esas ocasiones era posible tener conversaciones más extensas, a veces acompañadas por una bebida o una merienda y en otras ocasiones por un almuerzo o una comida. Las cervezas con los trabajadores al final de una larga jornada de trabajo siempre fueron bienvenidas y permitían un acercamiento mayor a nuevos datos, información que no se compartía abiertamente durante la entrevista y muchas veces también a nuevos referidos para participar en el estudio.

**Reto 2: conseguir que los participantes compartan abiertamente sus experiencias con el investigador, incluso cuando tenían cosas que ocultar**

El segundo desafío que enfrentó esta investigación fue lograr que los participantes compartieran abiertamente sus experiencias. Era muy difícil prever, al comienzo de esta investigación, que algunos participantes declararían, durante una entrevista formal y frente a una grabadora, la

incursión de diferentes empresas formales en prácticas ilegales como la realización de pruebas de embarazo a candidatas a un empleo o la práctica de solicitar pruebas de polígrafo como requisito de entrada a una empresa formal (aunque solo están permitidas en trabajos relacionados con provisión de servicios de seguridad). Que varios de los participantes en la investigación hayan compartido prácticas ilegales y en algunos casos conductas criminales, como la evasión de impuestos, contrabando, soborno o prácticas de cohecho con funcionarios públicos, entre otras, resulta todavía sorprendente.

Por una parte, estas declaraciones podrían ser muestra de la confianza que los participantes depositaron en la investigadora, lo cual pudo ser auspiciado por varios factores. El formato de consentimiento para participar en la investigación garantizaba el anonimato para los participantes y la protección especial de la información compartida. También, el mismo formato contenía la información de la universidad que había concedido la autorización para realizar la investigación, así como una dirección de correo electrónico y datos telefónicos para permitir que los participantes radicaran quejas en caso de considerar que el investigador principal había violado sus compromisos. Estas garantías de anonimato y la vinculación de la investigadora a la universidad pudieron haber aumentado la confianza de los participantes. Además, en el caso de las empresas formales, las entrevistas con los gerentes de planta y gerentes o directores de recursos humanos ocurrían después de haber entrevistado al gerente/presidente o dueño de la empresa, con lo cual es posible que los subordinados sintieran una confianza adicional después de que sus respectivos jefes les habían pedido que participaran en el estudio.

Conseguir que los propietarios informales y los trabajadores formales e informales compartieran abiertamente sus experiencias tomó más tiempo como es razonable, dado que las entrevistas indagaban por cuestiones personales y no solo relacionadas con los negocios, como fue el caso de los empleadores formales o el personal administrativo en esas empresas. Aun así, y facilitado por el trabajo de establecimiento de *rappport*, fue posible adelantar entrevistas reveladoras que contribuyeron ampliamente a la investigación. Posiblemente, el proceso se vio facilitado por el objeto de la investigación y las características personales de la investigadora. Por un lado, la articulación entre trabajo reproductivo y trabajo económicamente productivo no era un tema especialmente sensible, o que despertara las alarmas de los propietarios de los negocios informales. En general, al no percibir un peligro particular en contestar preguntas sobre estos temas, tanto los propietarios como los trabajadores sentían una menor resistencia a participar de la investigación. Por otro lado, que la investigadora principal fuera una mujer reducía las barreras de entrada tanto con los propietarios como con los trabajadores.

Como en otras investigaciones, el género de la investigadora tuvo un papel que merece mención en esta investigación. Otras investigadoras han reportado la forma en que ser mujer facilita la investigación cuando los sujetos a quienes se entrevista son mujeres pues la experiencia femenina, aunque mediada por la raza, la clase y la orientación sexual, entre otros, tiene todavía notas distintivas que trascienden dichas categorías<sup>50</sup>. En efecto, especialmente en las entrevistas a las mujeres trabajadoras en la investigación, el hecho de que la investigadora fuera una mujer facilitó el intercambio durante la entrevista. En múltiples ocasiones las entrevistadas recurrían a fórmulas como “nosotras [las mujeres] sí entendemos lo que significa” o “solo una madre sabe/entiende” en lo que se sentían en relativa cercanía a la investigadora.

## Conclusión

Las entrevistas iluminan procesos sociales en los cuales el derecho desempeña un papel protagónico y que pasarían desapercibidos si son estudiados con otras herramientas para el análisis jurídico. El trabajo de campo tiene el potencial de transformar la academia jurídica, pero también, y tal vez de forma muy importante, la manera en que los abogados nos aproximamos al derecho en acción y a las experiencias vitales de los miembros de las comunidades por las que trabajamos.

El uso adecuado de esta técnica implica que quienes la utilizan conozcan sus propiedades ontológicas, epistemológicas, metodológicas, éticas y políticas. Las entrevistas son una potente herramienta para la investigación jurídica. Sin embargo, un uso inadecuado de estas puede llevar a resultados erróneos y a la realización de malas prácticas en investigación con sujetos humanos.

El uso de entrevistas requiere no solo de conocimientos, sino también de habilidades que se adquieren y se perfeccionan durante el trabajo de campo. En este sentido, un verdadero aprendizaje sobre el uso de esta técnica implica necesariamente arriesgarse a utilizarla.

## Bibliografía

- Almond, Gabriel. “Clouds, clocks and the study of politics”. En *A discipline divided: schools and sects in political science*, de Gabriel Almond. California: Sage Publications, 1990.
- Arango, Luz Gabriela. *Mujer, religión e industria. Fabricato 1923-1982*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Universidad de Antioquia, 1991.

50 Salzinger, *Genders in production*; Nancy Scheper-Hughes, *Death without weeping. The violence of everyday life in Brazil* (Berkeley: University of California Press, 1992); Masi de Casanova, *Making up the difference*.

- Ariza, Libardo y Carolina Ángel. "En el corazón del Buen Pastor. La apropiación del discurso de derechos humanos en el contexto penitenciario colombiano". *Antípoda*, n.º 23 (2015): 45-64.
- Ariza, Libardo y Manuel Iturralde. "The bullet in the glass: War, death, and the meaning of penitentiary experience in Colombia". *International Criminal Justice Review* 29, n.º 3 (2019).
- Bernard, Russell. *Research methods in anthropology: Qualitative and quantitative approaches*. Lanham, MD: AltaMira Press, 2010.
- Bourdieu, Pierre. "Understanding". *Theory, Culture & Society* 13, n.º 2 (1996): 17-37.
- Brinkmann, Svend. "Unstructured and semi-structured interviewing". En *The Oxford Handbook of Qualitative Research*, editado por Patricia Leavy. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Brooks, Sarah. "The ethical treatment of human subjects and the IRB process". En *Interview research in political science*, editado por Layna Mosley, 45-66. Ithaca: Cornell University Press, 2013.
- Buchely, Lina. "El activismo burocrático y la vida mundana del estado. Las madres comunitarias como burócratas callejeras y el programa de cuidado de niños Hogares Comunitarios de Bienestar". *Revista Colombiana de Antropología* 51, n.º 1 (2015): 137-159.
- . *Activismo burocrático: la construcción cotidiana del principio de legalidad*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015.
- Buttolph, Janet y H. T. Reynolds. "Studying politics scientifically". En *Political science research methods*, 26-48. Washington: CQ Press, 2005.
- Collins, Jane L. *Threads. Gender, labor and power in the global apparel industry*. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.
- Conrad, Frederick y Michael F. Shober. "New frontiers in standardized survey interviewing". En *Handbook of Emergent Methods*, editado por Sharlene Nagy Hesse-Biber y Patricia Leavy, 173-188. Londres: Guilford Press, 2008.
- Corti, Louise, Veerle van den Eynden, Libby Bishop y Matthew Woollard. *Managing and sharing research data: A guide to good practice*. Londres: Sage Publications, 2014.
- DeVault, Marjorie L. *Liberating method: Feminism and social research*. Filadelfia: Temple University Press, 1999.
- Duncombe, Jean y Julie Jessop. "Doing rapport' and the ethics of 'faking friendship". En *Ethics in qualitative research*, editado por Maxine Birch, Tina Miller, Melanie Mauthner y Julie Jessop, 108-121. Los Ángeles: Sage Publications, 2012.
- Eisenberg, Theodore. "Why do empirical legal scholarship?". *San Diego Law Review* 41, n.º 4 (2004): 1741-1746.
- Esterberg, Kristin. *Qualitative methods in social research*. Boston: McGraw Hill, 2001.
- Farnsworth-Alvear, Anne. *Dulcinea in the factory. Myths, morals, men and women in Colombia's industrial experiment 1905-1960*. Durham: Duke University Press, 2000.
- Fernández-Kelly, María Patricia. *For we are sold, I and my people. Women and industry in Mexico's frontier*. Albany: State University of New York, 1983.
- Fujii, Lee Ann. "Research ethics 101: Dilemmas and responsibilities". *ps: Political Science and Politics* 45 (2012): 717-723.
- García, Mauricio y César Rodríguez. "Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos". En *Derecho y sociedad*

- en *América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, editado por Mauricio García Villegas y César Rodríguez, 15-65. Bogotá: ILSA, 2003.
- Gerring, John. "Qualitative methods". *Annual Review of Political Science* 20 (2017): 15-36.
- Gómez, Alejandro. "El discurso del asesino serial en la sociedad contemporánea-el caso de Juana Barraza Samperio denominada por los medios de comunicación como la 'Mataviejitas'". Tesis de doctorado, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, 2000.
- Goudy, Willis y Harry T. Potter, "Interview Rapport: Demise of a concept". *The Public Opinion Quarterly* 39, n.º 4 (1975-1976): 529-543.
- Heise, Michael. "The importance of being empirical". *Pepperdine Law Review* 26 (1999): 808-833.
- Holmes, Seth. *Fresh fruit, broken bodies. Migrant farmworkers in the United States*. Berkley: University of California Press, 2013.
- Jo Martin, Cathie. "Crafting interviews to capture cause and effect". En *Interview research in political science*, editado por Layna Mosley, 109-124. Ithaca: Cornell University Press, 2013.
- Kotiswaran, Prabha. "Born unto brothels. toward a legal ethnography of sex work in an Indian Red-Light Area". *Law and Social Inquiry* 33, n.º 3 (2008): 579-629.
- Lemaitre, Julieta y Mauricio Albarracín. "Patrullando la dosis personal: la represión cotidiana y los debates de políticas públicas sobre el consumo de drogas ilícitas en Colombia". En *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, editado por Daniel Mejía. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.
- Lynch, Julia. "Aligning sampling strategies with analytic goals". En *Interview research in political science*, editado por L. Mosley, 31-44. Ithaca: Cornell University Press, 2013.
- Masi de Casanova, Erynn. *Making up the difference. Women, beauty and direct selling in Ecuador*. Austin: University of Texas Press, 2011.
- Ngai, Pun. *Made in China. Women factory workers in a global workplace*. Durham y Hong Kong: Duke University Press; Hong Kong University Press, 2005.
- Ordóñez, Juan Thomas. *Jornalero. Being a day laborer in the USA*. Berkley: University of California Press, 2015.
- Parker, Ian. *Qualitative psychology: Introducing radical research*. Buckingham: Open University Press, 2005.
- Ramírez, Natalia. "¿Poder o desventaja? El derecho de las mujeres a no ser despedidas durante el embarazo. Análisis legislativo y jurisprudencial de la protección a la mujer durante el embarazo 1938-2008". Tesis de maestría, Universidad de los Andes, 2008.
- . "Bargaining women: Negotiating care and work across formality and informality in the Colombian garment industry". Tesis de doctorado, Universidad de Harvard, 2017.
- Ramírez-Bustamante, Natalia. "'A mí me gustaría, pero en mis condiciones no puedo'. Maternidad, discriminación y exclusión: el paso del trabajo formal al trabajo informal en confección en Colombia". *Revista cs*, n.º especial (2019): 241-269.
- Ramírez-Bustamante Natalia, Laura Porras-Santanilla y Lina Buchely. "¿Mujeres al margen? Estudios empíricos en trabajo y derecho". Presentación de la *Revista cs*, n.º especial (2019).

- Reinharz, Shulamit. *Feminist methods in social research*. Nueva York: Oxford University Press, 1992.
- Salzinger, Leslie. *Genders in production. Making workers in Mexico's global factories*. Berkley: University of California Press, 2003.
- Scheper-Hughes, Nancy. *Death without weeping. The violence of everyday life in Brazil*. Berkley: University of California Press, 1992.
- Schwartz-Shea, Peregrine. "Judging quality. Evaluative criteria and epistemic communities". En *Interpretation and method. Empirical research methods and the interpretive turn*, editado por Dvora Yanow y Peregrine Schwartz-Shea, 120-146. Nueva York: Routledge, 2014.
- Shuck, Peter. "Why don't law professors do more empirical research?" *Journal of Legal Education*, n.º 39 (1989).
- Soss, Joe. "Talking our way to meaningful explanations. A practice-centered view of interviewing for interpretive research". En *Interpretation and method. Empirical research methods and the interpretive turn*, editado por Dvora Yanow y Peregrine Schwartz-Shea, 5-26. Nueva York: Routledge, 2014.
- Spradley, James. *The ethnographic interview*. Waveland Inc: Long Grove, 1979.
- Schutz, Alfred. *The phenomenology of the social world*. Chicago: Northwestern University Press, 1967.
- Tribín, Ana María, Carmiña Vargas y Natalia Ramírez. "Unintended consequences of maternity leave: The case of Colombia". *World Development* 122 (2019): 218-232.
- Van Manen, Max. *Researching lived experience: Human science for an action sensitive pedagogy*. Londres, Canadá: The University of Western Ontario, 1990.
- Warren, Elizabeth. "The market for data: The changing role of social sciences in shaping the law". *Wisconsin Law Review*, n.º 1 (2002).
- Weiss, Robert. *Learning from strangers. The art and method of qualitative interview studies*. Nueva York: The Free Press, 1994.
- Wood, Elisabeth. "The ethical challenges of field research in conflict zones". *Qualitative Sociology* 29, n.º 3 (2006): 373-386.
- Yanow, Dvora. "Thinking interpretively. Philosophical presuppositions and the human sciences". En *Interpretation and method. Empirical research methods and the interpretive turn*, de Dvora Yanow y Peregrine Schwartz-Shea, 5-26. Nueva York: Routledge, 2014.

# **Observando a través de los barrotes: la investigación-acción y los límites del activismo jurídico en el campo penitenciario\***

Libardo José Ariza

\* Para citar este capítulo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.483>



## Introducción: la vida interior de la prisión

El interés por la comprensión de la prisión, una de las instituciones más complejas de las sociedades contemporáneas, ha impulsado una importante tradición en los estudios sociales. Una corriente importante de esta tradición es bien conocida en el medio regional y sus principales trabajos han sido traducidos al castellano. Las interpretaciones históricas de la emergencia de la prisión y sus transformaciones en el marco del capitalismo, desde *Pena y estructura social*<sup>1</sup>, pasando por *Cárcel y fábrica*<sup>2</sup>, y por el célebre *Vigilar y castigar*<sup>3</sup>, hasta llegar al reciente *Cárceles de la miseria*<sup>4</sup>, han concentrado el interés de los estudios académicos locales sobre el castigo penitenciario. Con todo, una tradición igualmente importante que se preocupa por la comprensión de lo que podría denominarse *la vida interior de la prisión*, ha pasado desapercibida en el medio académico local, a pesar de la reciente traducción y publicación de uno de sus textos fundacionales: *La sociedad de los cautivos*<sup>5</sup> de Gresham Sykes.

Si bien recientemente esta última corriente ha empezado a cobrar fuerza con los aportes importantes de Carrillo<sup>6</sup>, Garcés<sup>7</sup> y Darke<sup>8</sup>, el análisis de

1 Georg Rusche y Otto Kirchheimer, *Pena y estructura social* (Bogotá: Temis, 1984).

2 Darío Melossi y Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)* (Ciudad de México: Siglo XXI, 1985).

3 Michel Foucault, *Vigilar y Castigar* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1989).

4 Loïc Wacquant, *Las cárceles de la miseria* (Madrid: Alianza, 2002).

5 Gresham Sykes, *La sociedad de los cautivos. Estudio de una cárcel de máxima seguridad* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2017).

6 William Camillo Leal, "From my prison cell. Time and space in prison in Colombia, an ethnographic approach", *Latin American Perspectives* 28, n.º 116 (2001): 149-164.

7 Chris Garcés, Tomas Martin y Sacha Darke, "Informal prison dynamics in Africa and Latin America", *Criminal Justice Matters* 91, n.º 1 (2013): 26-27.

8 Sacha Darke, "Inmate governance in Brazilian prisons". *The Howard Journal* 3, n.º 52 (2013): 272-284.

los retos metodológicos que supone este tipo de aproximación al mundo penitenciario es aún escaso en nuestro medio. En efecto, las preguntas que orientan los estudios sobre la vida interior de la prisión, que van desde el análisis de las relaciones de poder al interior de los muros y su incidencia en la subjetividad de los reclusos<sup>9</sup>, pasando por la interpretación de los mecanismos de adaptación al encierro<sup>10</sup>, hasta llegar a las cuestiones más amplias sobre la estabilidad del orden social penitenciario<sup>11</sup>, han encontrado en la perspectiva cualitativa una postura metodológica adecuada para absolverlas.

En efecto, si como lo señala Geertz, el individuo es un ser inserto en tramas de significación que él mismo ha urdido, la interpretación de la trama penitenciaria se ha inclinado por el lado subjetivo del encierro, tratando de encontrar y dotar de sentido a esta compleja institución por medio de la comprensión de las experiencias de sus protagonistas. Cunha muestra la diversidad de aproximaciones al mundo social del encierro y las preguntas que cada una de ellas intenta absolver<sup>12</sup>. Como es usual en la investigación social, el tipo de preguntas planteadas y las preocupaciones analíticas orientan el diseño de la investigación y la elección de la estrategia metodológica<sup>13</sup>.

En este capítulo quisiera contribuir a la discusión metodológica dentro de la emergente corriente regional de estudios cualitativos sobre la prisión. Estas consideraciones metodológicas son el resultado de un ejercicio *reflexivo*, esto es, de un intento de objetivar el proceso de investigación de larga duración en el mundo penitenciario que inicié en el año 2000 para narrar retos, obstáculos y estrategias de ingreso y permanencia en el campo. En especial, me concentro en una estrategia de intervención basada en el uso del derecho como herramienta de comunicación con los participantes y estrategia política de transformación de las condiciones de reclusión a través del litigio estratégico. Con base en un proyecto adelantado desde el

9 Victoria de Rosia, *Living inside prison walls: Adjustment behavior* (Connecticut: Praeger Westport, 1998). Barbara Owen, *In the mix: Struggle and survival in a women's prison* (Albany: State University of New York Press, 1998). John Irwin, *The Felon* (Berkeley: University of California Press, 1970). Mary Bosworth y Eammon Carrabine, "Reassessing resistance: Race, gender and sexuality in prison". *Punishment & Society* 3, n.º 4 (2001): 501-515.

10 Donald Clemmer, *The prison community* (Boston: Rinehart, 1958). Gresham Sykes y Sheldom Messinger, "The inmate social system", en *Theoretical studies in social organization of the prison*, editado por Richard Cloward y Donald Cressey (Nueva York: Social Science Research Council, 1960), 4-20.

11 Anthony Bottoms y Richard Sparks, *Prisons and the problem of order* (Oxford: Clarendon Press, 1996). James Jacobs, *Stateville. The penitentiary in mass society* (Chicago: University of Chicago Press, 1977).

12 Como lo indica esta autora: "la porosidad de los límites de la prisión, lo cual se ha reconocido crecientemente, ha sido problematizada y etnográficamente documentada desde diferentes perspectivas: desde análisis de la prisión en contexto, hasta aproximaciones cara a cara, ambas más reflexivas y atentas a los debates teóricos más amplios". Manuela Cunha, "The ethnography of prisons and penal confinement". *Annual Review of Anthropology* 43, (2014): 225.

13 Sobre los métodos mixtos y la distinción entre lo cualitativo y lo cuantitativo, véase Joanna Sale, Lynne H. Lohfeld y Kevin Brazil, "Revisiting the quantitative-qualitative debate: Implications for mixed-methods research". *Quality & Quantity* 36 (2012): 43-53.

2009 en la Cárcel Nacional La Modelo de Bogotá, muestro la importancia del discurso de los derechos humanos para la definición del rol del investigador, así como los límites y potencialidades del activismo jurídico en el campo penitenciario. Mi objetivo es mostrar que, paradójicamente, en el contexto de la crisis humanitaria del sistema penitenciario local, el conocimiento jurídico y el discurso de los derechos humanos desempeña un papel ambivalente al plantear la promesa de resistencia y transformación y al mismo tiempo culminar con una profunda insatisfacción en los participantes cuando no sienten los efectos directos de las victorias jurídicas.

Especialmente, pongo mi atención en dos aspectos que, en mi opinión, son fundamentales en este tipo de investigaciones y que cobran especial importancia cuando se trata del campo penitenciario. En primer lugar, los retos que plantea el acceso al campo y la definición y conservación del rol del investigador dentro de la observación participante activa. En segundo lugar, una reflexión acerca de la definición y conservación del rol una vez dentro del campo y cómo lo anterior obliga a una reflexión metodológica más amplia sobre las emociones del investigador y la definición del alcance del compromiso político que adquiere con las comunidades. Como se verá más adelante, para la tradición de la investigación acción participativa es clave asumir directamente las tensiones políticas que supone el proceso de investigación, dejando a un lado una postura ortodoxa de distancia y neutralidad para, en su lugar, participar activamente en la transformación de las personas y comunidades con las que se trabaja. Finalmente, ofrezco algunas conclusiones.

## Ir a prisión

Uno de los aspectos más interesantes que ha suscitado *Internados*, la obra cumbre de Goffman sobre el orden social de un hospital psiquiátrico y que recurrentemente es discutida en los estudios fenomenológicos y de sociología de las organizaciones, es la estrategia que utilizó para ingresar al St. Elizabeths Hospital en Washington y su postura frente al campo de estudio y las personas que se encuentran en él. Este hospital fue elegido por Goffman como estudio de caso y realizó un año de trabajo de campo asumiendo un rol inadvertido dentro de la división del trabajo de la institución. En sus propias palabras:

Me inicié en el rol de asistente del director de gimnasia; si me apuraban, confesaba ser en realidad un estudiante de las actividades recreativas y la vida de comunidad. De este modo podía pasar el día con los pacientes, evitando todo contacto social con el personal y prescindiendo de llevar una

llave conmigo. No dormía en las salas, y la dirección del hospital estaba enterada de mis fines<sup>14</sup>.

A pesar del indiscutible aporte de *Internados* a la literatura mencionada, muy poco se sabe del diseño metodológico de la investigación, más allá de la breve reflexión realizada por Goffman en el prólogo a su misma obra. Como lo señala Pettit, lo anterior se debe en parte a cierto desdén de Goffman en torno a las elucubraciones metodológicas y a que “rara vez hablaba de sus métodos, no le gustaba ser entrevistado y no dejó papeles personales”<sup>15</sup>. Además, “Goffman se resistió a publicar un recuento sobre su metodología para realizar el trabajo de campo”<sup>16</sup>. Con todo, en el párrafo citado Goffman menciona dos puntos clave para la discusión sobre la observación participante dentro de instituciones totales.

En primer lugar, la cuestión de la observación encubierta. Goffman claramente señala que únicamente la dirección del hospital sabía que se encontraba dentro de la institución con fines académicos, mientras que los demás participantes creían que el investigador era un funcionario del hospital. Tan solo cuando lo “apuraban” confesaba estar realizando un estudio, aunque siendo impreciso sobre cuáles eran sus objetivos principales. En segundo lugar, plantea la cuestión sobre la postura política del investigador. Como lo menciona Goffman, una de sus preocupaciones principales era pasar inadvertido y evitar “cualquier contacto” con el personal de la institución. Quisiera concentrarme en este último aspecto, pues considero que es clave para desarrollar los principios que orientan la *investigación-acción* y especialmente la relación entre el investigador, las personas con las que se trabaja y el campo de estudio<sup>17</sup>.

La postura de Goffman frente al campo de estudio y las personas que se encuentran allí es, en este sentido, ortodoxa. Si bien en el mismo preámbulo indica la importancia de someterse “personalmente, en compañía de sus miembros, a la rutina diaria de las menudas contingencias a las que ellos están sujetos”<sup>18</sup> para comprender mundos sociales complejos y extraños, pronto señala que esta inmersión no supone reducir la distancia que debe mantenerse, en todo caso, entre el investigador y el campo de estudio. En este sentido, cree que la inmersión en el campo debe estar acompañada de una suerte de camuflaje político que le permite al investigador

14 Erving Goffman, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales* (Buenos Aires: Amorrortu, 2011), 9-10.

15 Michael Pettit, “The con man as model organism: the methodological roots of Erving Goffman's dramaturgical self”. *History of the Human Sciences* 24, n.º 2 (2011): 138.

16 Pettit, “The con man”, 138.

17 Para un análisis de los fundamentos de la investigación acción participativa, véase Daniel Selener, *Participatory action research and social change* (Nueva York: Cornell University Press, 1997).

18 Goffman, *Internados*, 9-10.

observar el despliegue “natural” de un mundo social sin que se vea perturbado por la presencia de un extraño.

Al asumir un rol ordinario dentro de la institución, guardando un perfil bajo y evitando revelar a los participantes los verdaderos y ocultos motivos de su presencia, el investigador así concebido lograría acceder a información más confiable y auténtica pues el mundo social se despliega ante sus ojos como si no estuviera allí. Por ello, Goffman claramente señala lo siguiente: “No me permití comprometerme, ni siquiera nominalmente: de haberlo hecho, mi radio de acción y mis roles —y por lo tanto mis datos— habrían sido más restringidos aún de lo que fueron”<sup>19</sup>. Como lo señala Pettit “quería estar lo suficientemente presente para observar el comportamiento, pero también buscaba ausentarse del proceso comunicativo real”<sup>20</sup>.

Esta distancia, en todo caso, no garantiza una suerte de desenvolvimiento natural del mundo social, como lo señala recientemente Luker al criticar la idea de que la investigación social está inmersa en un complejo entramado de relaciones de poder:

entendemos, en consecuencia, que escribir ciencia social no es solo “informar de los hallazgos” pasivamente, sino entrar en una amplia gama de relaciones de poder. Por lo tanto, en lugar del observador externo desinteresado que a veces nos imaginamos que somos, de hecho, estamos cambiando lo que observamos por el mero hecho de informarlo, si no en la propia observación real<sup>21</sup>.

La relación entre el investigador, las personas y el campo de estudio es concebida de una manera distinta en la tradición de la *investigación acción participativa* (IAP). Esta corriente intenta superar precisamente esa distancia epistemológica y política entre el sujeto de conocimiento, las personas y el campo donde se despliega la investigación<sup>22</sup>. Dentro de esta tradición, el mantenimiento del rol no supone necesariamente deshacer una distancia que de todas maneras se encuentra presente sino develar que el investigador no es un tercero neutral<sup>23</sup>. Por el contrario, se trata de reconocer y, en la medida de lo posible, intentar enfrentar las relaciones de poder entre el investigador y su capital cultural, y las poblaciones usualmente marginalizadas que corren el riesgo de ser *objetivadas* para

19 Goffman, *Internados*, 9-10.

20 Pettit, “The con man”, 138.

21 Kristian Luker, *Salsa dancing into the social sciences. Research in an age of info-glut* (Cambridge: Harvard University Press, 2008), 8.

22 Mary Brydon-Miller, Davydd Greenwood y Patricia Maguire, “Why action research?”. *Action Research* 1 (2003): 9-28.

23 Miren Larrea, “We are not third parties: Exploring conflict between action researchers and stakeholders as the engine of transformation”. *Action Research* (2019).

los fines del estudio y cuyo enorme conocimiento del mundo social se convierte en un insumo analítico. Como lo señala el profesor Orlando Fals Borda,

[e]sto implica que el científico se involucre como agente dentro del proceso que estudia, porque ha tomado una posición en favor de determinadas alternativas, aprendiendo así no solo de la observación que hace sino del trabajo mismo que ejecuta con los sujetos con quienes se identifica<sup>24</sup>.

La ruptura de la distancia epistemológica tiene, en mi opinión, dos dimensiones. La primera se refiere a la manera en que se establece la relación entre el investigador y la población presente en el campo. Las visiones ortodoxas trazan una frontera clara entre el sujeto de conocimiento y sus intereses académicos y las poblaciones de las cuales se extrae información, objetivando a estas últimas como fuentes vivas de datos que luego serán empleados por el intérprete. El mundo social se despliega ante el investigador como un espectáculo del cual es mero espectador y su tarea es desentrañar la trama oculta que le da sentido; una versión suave de la máxima “tratar los hechos sociales como si fueran cosas”, que indicaba Durkheim en sus clásicas *Reglas del método sociológico*<sup>25</sup>. Por ponerlo en otras palabras, el interesado en comprender el sentido del mundo del teatro puede camuflarse como tramoyista para observar con detalle la vida cotidiana de los artistas, pero jamás se le ocurriría irrumpir en la obra para perturbar un guion predefinido y que precisamente es su tarea descubrir. Creo que así se puede entender mejor el alcance de metáforas de Goffman en torno a la concepción del mundo como el escenario y la máscara<sup>26</sup>.

Una de las reflexiones más fuertes de la IAP tiene que ver con la interpretación de la relación epistemológica como una relación de poder en la cual el investigador, por lo general, se mantendría neutral frente a un mundo social que aparece ante él marcado por la injusticia y el desempoderamiento de las comunidades<sup>27</sup>, obteniendo réditos académicos y personales que pueden transformar su situación personal positivamente, lo cual se traduce en un aumento del prestigio académico a costa de la instrumentalización de poblaciones marginadas. A su vez, las comunidades que se han abierto al escrutinio académico quedarían en la misma situación y “abandonadas” tras la finalización de la investigación al

24 Orlando Fals Borda, “La crisis, el compromiso y la ciencia”, en *Una sociología sentipensante para América Latina*, antología de Orlando Fals Borda compilada por Víctor Manuel Moncayo (Ciudad de México: Siglo XXI, 2015), 239.

25 Emile Durkheim, *Las reglas del método sociológico* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2005).

26 Erving Goffman, *Estigma: la identidad deteriorada* (Buenos Aires: Amorrotu, 2006).

27 John Gaventa y Andrea Cornwall, “Power and knowledge”, en *Handbook of action research: Participative inquiry and practice*, editado por Peter Reason y Hilary Bradbury (Londres: Sage Publications, 2001).

mismo proceso de marginalización y desempoderamiento. El investigador, amparado en su escudo metodológico de distancia y neutralidad, sometería a estas comunidades a un nuevo y distinto proceso de subordinación. Aunque no siempre es posible superar la brecha, es el proceso el que resulta muy valioso.

Por supuesto, la IAP no aboga por una postura mesiánica o filantrópica del investigador, ni por un paternalismo autocomplaciente, sino por una reflexión más amplia sobre la responsabilidad política del investigador y una toma de posición concreta y activa frente a las necesidades particulares de las comunidades con las cuales ha establecido un vínculo<sup>28</sup>. En todo caso, dotar de contenido a ese *compromiso político* no es un asunto sencillo. Qué significa ese vínculo político, cuál es su alcance y cómo se pone en marcha, y hasta dónde está dispuesto a llegar el investigador, son asuntos complejos que suelen definirse en la práctica del campo y que difícilmente pueden resolverse de antemano<sup>29</sup>.

La segunda reflexión, y estrechamente relacionada con la anterior, es una dimensión operativa, esto es, la definición de la forma en que las personas participan en el proceso de investigación. La manera de superar la brecha se reduce con su participación en el proceso de investigación asumiendo roles distintos al del mero informante. No solo se trata de incluir el saber de las poblaciones en la construcción del relato académico, lo cual es fundamental, sino de pensar estrategias y herramientas que permitan efectivamente que este saber se despliegue sin las restricciones que suponen los propios intereses cognoscitivos del investigador o la aplicación de instrumentos tradicionales como la entrevista o los grupos focales. Se trata de investigar *con* y no *sobre* las personas<sup>30</sup>. En el campo penitenciario, por ejemplo, se ha abierto cada vez más paso la idea de *investigar de manera diferente*<sup>31</sup>, a través de la incorporación de los propios prisioneros en los productos académicos. Incluso, esta tendencia ha sido denominada *criminología de los convictos*<sup>32</sup>, bien sea a través de la realización de relatos autobiográficos<sup>33</sup>, la

28 Lyla Mehta, "Over the rainbow: The politics of researching citizenship and marginality". *Action Research* 6, n.º 2 (2008): 233-253.

29 Anne Inga Hilsen, "And they shall be known by their deeds: Ethics and politics in action research". *Action Research* 4, n.º 1 (2006): 23-36.

30 John Heron y Peter Reason, "The practice of co-operative inquiry: Research with rather than on people", en *Handbook of action research: Participative inquiry and practice*, editado por Peter Reason y Hilary Bradbury (Londres: Sage, 2011).

31 Yvonne Jewkes, "Autoethnography and emotion as intellectual resources: Doing prison research differently". *Qualitative Inquiry* 18, n.º 1 (2011), 63-75.

32 Stephen C. Richards y Jeffrey Ian Ross. "Introducing the new school of convict criminology". *Social Justice* 28, n.º 1 (2001): 177-190.

33 Rod Earle, "Insider and out: Making sense of a prison experience and a research experience". *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 429-438; Greg Newbold et al., "Prison research from the inside: The role of convict autoethnography". *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 439-448; Justin Piché, Bob Gaucher y Kevin Walby, "Facilitating prisoner ethnography: An alternative approach to 'Doing prison research differently'". *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 449-460.

utilización de las historias personales escritas por los internos<sup>34</sup> e incluso las coautorías de productos académicos<sup>35</sup>.

Por supuesto, es un reto importante tratar de mantener la independencia cognoscitiva cuando se trata de construir el relato académico y “dotar de sentido” a la amalgama de relaciones sociales que el investigador observa y de las que hace parte. Pero la participación en el campo contribuye a una mejor comprensión del mundo social. Quizás el tramoyista tenga la mejor vista del escenario, segura y distante, pero seguramente comprendería mejor la trama si asumiera que es un personaje más del teatro y que el guion de la obra no se perturba, sino que se transforma cuando actúa en el escenario social.

Cuando el escenario es una prisión estas reflexiones adquieren un sentido particular. Como lo mostraré en la siguiente sección, las características propias del mundo del encierro suponen un conjunto de obstáculos y retos para el desarrollo del proceso de investigación que han suscitado un importante cuerpo de discusiones metodológicas. En la sección que sigue describo los principales retos que se han identificado y muestro cómo dos tendencias importantes han empezado a abrirse campo para superarlos: la investigación-acción participativa y el manejo de las emociones dentro de un creciente giro hacia la reflexividad del investigador.

## Los retos del mundo penitenciario

En un corto, pero valioso, texto James Waldram<sup>36</sup> menciona los que en su opinión son los principales retos que enfrenta el trabajo etnográfico en prisiones y que creo se extiende a las distintas aproximaciones cualitativas al mundo del encierro. Waldram comienza su reflexión señalando el *problema de legitimidad* que debe enfrentar cuando trata de presentar los resultados de sus investigaciones en la comunidad académica. Por una parte, cuenta que cuando presentó su etnografía sobre delincuentes sexuales se le cuestionó fuertemente sobre el hecho de “dar voz a esos animales”<sup>37</sup> y haber elegido, en primer lugar, semejante tema de investigación. Por otra parte, se cuestiona la legitimidad de los resultados en la medida en que se cree que los prisioneros no son dignos de confianza y que “todos son unos mentirosos”<sup>38</sup>. La hipervigilancia del trabajo de campo por parte de la burocracia penitenciaria, las continuas negociaciones

34 Ben Crewe, “Writing and reading a prison: Making use of prisoner life stories”. *Criminal Justice Matters* 91, n.º 1 (2013): 20.

35 Mary Bosworth et al., “Doing prison research: Views from inside”. *Qualitative Inquiry* 11, (2005): 249.

36 James Waldram, “Challenges of prison ethnography”, *Anthropology News* 50 (2009): 4-5.

37 Waldram, “Challenges of prison ethnography”, 4-5.

38 Waldram, “Challenges of prison ethnography”, 4-5.



con la administración para justificar la permanencia en el establecimiento, la imposibilidad de intercambios comunicativos espontáneos entre los participantes, son algunos de los obstáculos que señala Waldram y que resume catalogando a las prisiones como un “mundo de prohibiciones” a superar para el desarrollo de la investigación<sup>39</sup>.

Y creo que Waldram tiene razón: los rituales penitenciarios en torno al orden y buen gobierno de la institución condicionan el proceso de investigación. A pesar de la importancia de la IAP para contribuir a la generación de cambio en instituciones tan complejas como la prisión, esta se erige como un ambiente excepcionalmente difícil para establecer un significativo trabajo colaborativo con (creo que la palabra es *con* no *como*) los participantes. Como lo señala Drake: “las cárceles se encuentran entre las instituciones más difíciles para encontrar formas de garantizar una participación colaborativa plena y promover una transformación total”<sup>40</sup>.

No resulta novedoso decir que las cárceles son instituciones cubiertas por el secreto. Lo que sucede dentro de los muros se erige como un mundo al que solo se ingresa como consecuencia del castigo y la desgracia. Foucault ya lo señaló cuando identificó la desaparición del espectáculo punitivo y el giro hacia el secretismo del encierro. Las cárceles son espacios que no pueden ser vistos. La administración penitenciaria, por lo general, suele compartir una suerte de compromiso con la conservación del secreto institucional, restringiendo fuertemente las posibilidades de acceder al campo<sup>41</sup>. Incluso para otros entes gubernamentales, organismos de control y la propia Corte Constitucional, se erigen barreras para el acceso a información penitenciaria. Pero más allá de estas dificultades iniciales y previas al proceso de investigación, se presentan retos adicionales de acceso al campo que tienen que ver fundamentalmente con el régimen penitenciario y el funcionamiento cotidiano del establecimiento. Por ello, Cunha prefiere hablar en este caso de “cuasi etnografías”<sup>42</sup>.

En mi opinión, las limitaciones se presentan a nivel espacial y temporal y suponen siempre la creación de un conocimiento restringido y parcial del mundo penitenciario. Desde el punto de vista espacial, el mundo penitenciario aparece ante el investigador como un laberinto en el que fácilmente puede perderse. Es característico del campo penitenciario la enorme segmentación y separación de sus distintos espacios<sup>43</sup>. La división espacial de la cárcel, desde la frontera entre las alas administrativas y la

39 Waldram, “Challenges of prison ethnography”, 4-5.

40 Deborah Drake, “Researching prisoners experience with prison officers: An action-research inspired approach”. *Action Research* 12, n.º 1 (2013): 97.

41 Yvonne Jewkes, “What has prison ethnography to offer in an age of mass incarceration?”. *Criminal Justice Matters* 91, n.º 1 (2013): 14-15.

42 Cunha, “The ethnography of prisons”, 225.

43 Anna K. Schliehe, “Re-discovering Goffman: Contemporary carceral geography, the ‘total’ institution and notes on heterotopia”, *Geografiska Annaler: Series B, Human Geography* 98, n.º 1 (2016): 19-35.

“parte interna”, pasando por la complejidad de los sistemas de clasificación<sup>44</sup> por patios y pabellones, hasta llegar a las zonas tabú de la prisión a las cuales no se puede acceder, ubican siempre al investigador en una posición restringida y precaria para recorrer y elegir el terreno donde desplegará la investigación. Como lo señala Rhodes, “[...] en la etnografía de la prisión nos encontramos con el ‘velo’ que cubre por completo lugares, historias y narrativas: la sensación de que, de hecho, estamos tratando de estudiar el lado oculto de la luna”<sup>45</sup>.

Aunque la vida penitenciaria tiene una “geografía emocional”<sup>46</sup> en la cual en espacios específicos se expresan emociones distintas a la desconfianza y la violencia, el campo penitenciario se presenta ante los investigadores *prima facie* como un lugar tenebroso y velado al que hay que enfrentarse. En nuestro trabajo de campo en la Reclusión de Mujeres El Buen Pastor de Bogotá que tuvo una duración cercana a los dos años, por ejemplo, nunca se nos permitió tener acceso a los patios del establecimiento. La mayoría de las visitas se desarrolló en la oficina del cónsul de derechos humanos de la prisión, en un espacio seguro y neutral ambientado para, precisamente, recibir a los visitantes. A la oficina de derechos humanos únicamente podían acceder las internas que ocupaban el cargo de representantes de derechos humanos y que tenían amplia experiencia en el trato con visitantes y el manejo del discurso jurídico y político sobre la crisis penitenciaria, en lo cual se concentró precisamente nuestro trabajo<sup>47</sup>. La visión de la vida en prisión, así adquirida, está mediada por la selección de las personas con las que es posible hablar y que son seleccionadas por la dirección del establecimiento. Aunque la construcción del proceso de investigación parte de este sesgo insuperable, el involucramiento posterior permite acceder a través de este grupo de internas a otras mujeres, pues la técnica de bola de nieve es igualmente útil, aunque el primer copo no lo elija el investigador.

Desde el punto de vista temporal, por lo general, la administración penitenciaria establece los días y las franjas horarias en las cuales los visitantes pueden ingresar a los establecimientos. En el caso de las prisiones en las que hemos trabajado, se autoriza un único día o máximo dos visitas semanales, en las franjas horarias comprendidas entre las 9 a. m. y las 4 p. m., con un periodo de dos horas al almuerzo en el cual, casi

---

Roger Matthews, *Doing time: An introduction to the sociology of imprisonment* (Londres: Macmillan Press, 1999).

44 Ellis Finkelstein, *Prison culture: An inside view* (Averbury: Aldershot, 1993).

45 Lorna A. Rhodes, “Ethnographic imagination in the field of the prison”. *Criminal Justice Matters* 91, n.º 1 (2013): 16-17.

46 Peter Bennett, Ben Crewe y Jason Warr, “The emotional geography of prison life”. *Theoretical Criminology* 18, n.º 1 (2014): 56-74.

47 Libardo José Ariza y Carolina Ángel, “En el corazón del Buen Pastor. La apropiación del discurso de los derechos humanos en el contexto carcelario”. *Antípoda* 23 (2015): 45-64.

siempre, se debe abandonar el establecimiento. También, y en la medida en que la visita académica no debería perturbar ni competir con los programas de tratamiento penitenciario —como los cursos en talleres o educativos— o las actividades rutinarias —como el conteo de internos o el suministro de alimentación—, incluso dentro de estas franjas horarias la duración de la visita se reduce.

Así, lo que sucede en la cárcel en ese largo y oscuro periodo que va desde las 4 p. m. hasta las 9 a. m. del día siguiente es inaccesible a la observación. Únicamente observamos un fragmento de la vida penitenciaria. Asuntos clave tanto para comprender y responder preguntas clave en torno al orden social penitenciario, las relaciones de poder y la mortificación del ego de los internos, como la distribución nocturna del espacio penitenciario en medio del asfixiante hacinamiento, son difícilmente observables. Cuando el investigador asume estas dificultades e intenta superarlas debe negociar nuevamente el acceso y la permanencia.

Estas limitaciones son importantes para el desarrollo de la observación participante activa. Creo que las dos principales implicaciones que tienen son las siguientes. En primer lugar, intensifican los retos que supone tratar de captar el sentido del mundo social —en este caso, la sociedad carcelaria— a través de la observación de un puñado de acciones sociales significativas que se despliegan en un campo temporal y espacialmente limitado.

La segunda implicación es que estas limitaciones exigen el desarrollo de investigaciones prolongadas en el tiempo. Aunque por supuesto la “validez” o “aceptabilidad” del conocimiento producido no depende exclusivamente del número de visitas realizadas, sino de la capacidad del investigador para detectar y demostrar qué es lo cualitativo de su trabajo<sup>48</sup>, con la presencia prolongada se logra atenuar algunos retos importantes y se alcanzan dos objetivos fundamentales para la IAP. Por una parte, permite brindarle un mayor grado de legitimidad a la presencia del investigador en el mundo penitenciario. Para la tradición de la IAP el compromiso político del investigador hacia las personas con las que se involucra es primordial.

Por otra parte, la presencia prolongada en el campo permite ampliar el espectro de observación para poder reinterpretar constantemente los relatos que se van construyendo. Para utilizar una metáfora de Reiter en su análisis de las estrategias de investigación en prisiones, se trata de *crear ventanas en los muros*<sup>49</sup> e intentar mantenerlas abiertas el mayor tiempo posible. Puede que el paisaje penitenciario al que se accede a través de las

48 Kathryn Roulston. “Considering quality in qualitative interviewing”. *Qualitative Research* 10, (2010): 199-228.

49 Keramet Reiter, “Making windows in walls: Strategies for prison research”. *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 417-428.

ventanas que se han logrado abrir —ya sea en el área educativa dictando talleres de derechos humanos, en un pabellón supervisando las asesorías jurídicas a internos o en la panadería de la prisión comiendo silenciosamente un mojicón mientras se observa a los internos trabajar en la huerta de tomates— sea casi siempre el mismo, pero poco a poco permite alcanzar mejores niveles de saturación<sup>50</sup> y legitimidad.

Cada ventana permite corroborar constantemente y contrastar de manera repetida las ideas que se van formando hasta alcanzar un nivel de comprensión defendible sobre el sentido del mundo penitenciario. La *densidad de la descripción*<sup>51</sup> es proporcional a la duración de la observación. Como lo expresa Ugelvik, la inmersión continua en el campo penitenciario le permite al investigador aprender a “hablar prisión fluidamente”<sup>52</sup> y entender mejor lo que pasa a su alrededor. De aquí esta preocupación en la mayoría de los estudios sobre el orden social penitenciario por entender el argot propio de la cultura carcelaria<sup>53</sup>. Pero es también importante para asegurar la permanencia dentro del campo romper la desconfianza reinante dentro de la institución, con guardias y personas presas por igual.

No hay que olvidar que los internos de larga duración, es decir, aquellos que llevan una parte importante de sus vidas encerrados, y los guardias —que en una posición distinta igualmente pasan gran parte de su vida al interior de los muros— han visto cruzar la puerta del presidio a un sinnúmero de investigadores, practicantes y funcionarios que tras satisfacer sus intereses concretos la cruzan de salida para no regresar jamás. Por supuesto, esto es comprensible, pues una cárcel no es precisamente un lugar entrañable y lo primero que uno quiere hacer luego de entrar a los patios es salir lo más pronto posible a la calle. Lo clave es entender este sentimiento de desconfianza, abandono y resignación e intentar superarlo para lograr permanecer en el campo y seguir abriendo ventanas. Hoy, después de casi nueve años de visitar la Cárcel La Modelo de Bogotá, formamos parte del paisaje penitenciario que otros visitantes pueden estar observando a través de sus propias ventanas.

50 Jeasik Cho y Allen Trent, “Validity in qualitative research revisited”. *Qualitative Research* 6 (2006): 319-340.

51 Clifford Geertz, *La interpretación de las culturas* (Barcelona: Gedisa, 1992).

52 Thomas Ugelvik, “Prison ethnography as lived experience: Notes from the diaries of a beginner let loose in Oslo prison”. *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 471-480.

53 Clemmer, *The prison community*.

## Negociando el rol y la permanencia

El mantenimiento del rol durante el proceso de investigación de largo aliento plantea un par de cuestiones que quisiera analizar en esta sección. Liebling define lo anterior como la confusa y difícil situación, “la antigua cuestión teológica en torno a cómo *estar* en el mundo, pero no *ser* parte de este”<sup>54</sup>. El primer asunto, que marca la suerte del proceso como un todo, es la definición y negociación inicial del rol y su despliegue dentro del campo penitenciario. Como lo señalan Gayá y Reason, el éxito o fracaso de la investigación-acción depende en gran medida de lo que suceda al inicio del proceso, fundamentalmente en la forma en que se logra el acceso al campo y en el tipo de vinculación que se establece con los participantes<sup>55</sup>.

El segundo asunto, estrechamente relacionado con lo anterior, es la negociación de aquello que denominé *compromiso político*. La definición y conservación del rol de investigador es tan importante como la claridad en torno al alcance de su aporte para la población con la cual se trabaja. Lo anterior debe estar estrechamente relacionado con el rol que asumirá en el campo penitenciario, con el tipo de conocimiento y recursos que puede movilizar, y con una firme posición ética en la que se deje claro a las poblaciones cuáles son las expectativas reales de esta intervención<sup>56</sup>.

Estas no son cuestiones en lo absoluto sencillas de resolver. Por una parte, se trata de un asunto estrictamente epistemológico que se refiere, nuevamente, a la cuestión de la “objetividad”. Como lo señala Liebling, una pregunta clave es si el compromiso político y la empatía suponen inevitablemente un sesgo para la investigación. Cuando se trazan relaciones empáticas con la población con la cual se trabaja, o se asume un “lado” de la historia para narrarla, se corre el riesgo de dejarse llevar por los juicios de valor sobre el campo penitenciario y perder el rigor que debe acompañar al análisis académico. Pero Liebling considera que, de hecho, la empatía y el compromiso son aspectos clave para lograr una mejor comprensión del campo de estudio<sup>57</sup>.

Jewkes critica privilegiar una orientación metodológica que minimice el significado de la experiencia emocional y que reduzca la reflexión sobre los sentimientos y la biografía del investigador<sup>58</sup>. Y esta suerte de

54 Alison Liebling, “Whose side are we on? Theory, practice and allegiances in prison research”. *British Journal of Criminology* 41, (2001): 475.

55 Patricia Gayá y Peter Reason, “Initiating action research. Challenges and paradoxes of opening communicative space”. *Action Research* 7, n.º 3 (2009): 243-262.

56 Deborah Drake y Joel Harvey, “Performing the role of ethnographer: processing and managing the emotional dimensions of prison research”. *International Journal of Social Research Methodology* 17, n.º 5 (2014): 489-501. Lynne Roberts y David Indermaur, “The ethics of research with prisoners”. *Current Issues in Criminal Justice* 19, n.º 3 (2008): 309-326.

57 Liebling, “Whose side are we on?”, 475.

58 Jewkes, “Autoethnography and emotion”.

exclusión de las emociones suele ser algo común en la mayoría de los estudios criminológicos que tienden a presentar “sus análisis de la prisión a través de datos inhumanos. Como resultado, los estudios penitenciarios se han vuelto fríos, calculados, como un reluciente instrumental quirúrgico”<sup>59</sup>. Por supuesto, el objetivo de estas reflexiones es develar la manera en que las emociones y el compromiso moldean la experiencia del investigador y cómo lo anterior contribuye a una mejor narración del mundo penitenciario.

De hecho, el análisis de emociones como el terror y la desesperación y su relación con la experiencia penitenciaria, y que el investigador puede sentir, aunque con una intensidad distinta, ayuda a entender mejor la vida en prisión. Cuando se toman en serio los sentimientos y emociones que experimenta el propio investigador —el miedo, el impulso incontenible de huida, los olores del presidio— se logra una mejor comunicación y comprensión de lo que significa *estar preso* y así, tal vez, se pueden responder algunas preguntas acuciantes: “¿Cómo se vinculan los investigadores con alguien que ha sido excluido del mundo durante años o alguien que sabe que no será liberado pronto? Más importante aún, ¿cómo se relacionan los participantes con el autor principal? ¿Cuáles son los medios por los que juzgan la investigación? ¿Todos en el proyecto apuntan al mismo objetivo?”<sup>60</sup>.

Pero es distinta la negociación del rol cuando se trata de definir el sentido político de la intervención. Lo anterior se realiza en medio de la permanente tensión entre la burocracia administrativa y la población interna que caracteriza a las instituciones totales. En el contexto penitenciario, por lo general, los investigadores se ven obligados a posicionarse entre los guardias y los prisioneros, lo que puede ser perjudicial para la construcción de confianza con cada una de las partes<sup>61</sup>. Por ello, es fundamental evitar quedar atrapado en esta tensión pues se corre el riesgo de que se diluya el rol: para unos, un aliado o infiltrado del Estado; para otros, un defensor de los derechos de los reclusos que busca denunciar cualquier irregularidad que observe.

Cualquiera de las dos opciones arroja al investigador a un extremo de la tensión. Pero es posible transitar un camino intermedio, “encontrar mérito en más de una perspectiva y hacerlo sin causar la indignación de los guardias o prisioneros”<sup>62</sup>. Para ello, identificar las necesidades comunes y los asuntos en que el investigador puede, de hecho, tender un puente

59 Bosworth, “Doing prison research”. Si bien, como lo señala Crewe, la criminología ha expresado estas emociones en la mayoría de las ocasiones. Al respecto véase Ben Crewe, “Not looking hard enough: Masculinity, emotion, and prison research”. *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 392-403.

60 Bosworth, “Doing prison research”, 255.

61 Jewkes, “Autoethnography and emotion”, 67.

62 Liebling, “Whose side are we on?”, 475.

entre la guardia y la población interna, es una estrategia adecuada para lograr los fines paralelos de conservación del rol y contribución a la transformación del modo de funcionamiento de la institución. Situar en el campo penitenciario es un asunto tanto identitario como epistemológico<sup>63</sup>. Tal vez una descripción un tanto detenida de esta estrategia ayude a esclarecer el punto.

## **Derecho, cambio y crisis penitenciaria en Colombia**

Uno de los asuntos más interesantes de la historia reciente del campo penitenciario local es su creciente juridificación, es decir, la utilización del lenguaje jurídico para hacer inteligible la experiencia penitenciaria y resistirla<sup>64</sup>. Esta juridificación tiene dos direcciones que se impulsan mutuamente. Por una parte, los prisioneros han canalizado su descontento por medio de la masiva utilización de mecanismos jurídicos flexibles y expeditos, creados por una estructura de oportunidades legales favorable a la movilización jurídica<sup>65</sup>. La emergencia de una academia jurídica inclinada al litigio estratégico para promover temas de justicia social y derechos civiles y la apertura de programas de trabajo clínico dentro de la formación jurídica<sup>66</sup>, han contribuido significativamente a la juridificación de los debates políticos en el contexto local<sup>67</sup>. Como otros grupos de interés y movimientos sociales en Colombia<sup>68</sup>, los prisioneros como colectivo han encontrado en el derecho una herramienta adecuada para alcanzar sus intereses políticos y resistir los rigores del encierro. Si bien esto no supone que otras formas de resistencia han perdido vigencia en el campo local, como las huelgas de hambre y los motines, estas ahora se ven acompañadas por este giro hacia la movilización jurídica de las personas presas.

Por otra parte, y como respuesta a la creciente demanda de protección judicial desde el interior de las prisiones, la Corte Constitucional colombiana ha intervenido de manera poderosa en el campo penitenciario por

63 Abigail Rowe, "Situating the self in prison research: Power, identity, and epistemology". *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 404-416.

64 Ariza y Ángel, "En el corazón". Garcés, Martin y Darke, "Informal prison dynamics".

65 Gianluca de Fazio, "Legal opportunity structure and social movement strategy in Northern Ireland and southern United States", *International Journal of Comparative Sociology* 53, n.º 1 (2012): 3-22.

66 Daniel Bonilla, "Legal clinics in the Global North and South: Between equality and subordination. An essay", *Yale Human Rights and Development Law Journal* 16, n.º 1 (2013): 2-40.

67 Pilar Domingo, "Judicialization of politics or politicization of the judiciary? Recent trends in Latin America, *Democratization* 11, n.º 1 (2004): 104-126; Ezequiel A. González-Ocantos, *Shifting legal visions. Judicial change and human rights trials in Latin America* (Cambridge: University Press, 2016).

68 Jaramillo Sierra y Alfonso Sierra, *Mujeres, cortes y medios. La reforma judicial del aborto* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2002); Julieta Lemaitre y Kristin Bergtora Sandvik, "Shifting frames, vanishing resources, and dangerous political opportunities: Legal mobilization among displaced women in Colombia", *Law and Society Review* 49, n.º 1 (2015): 5-38.

medio de tres sentencias<sup>69</sup> que buscan la reforma estructural del sistema, la reducción del hacinamiento y la garantía de condiciones básicas de alimentación, salud y tratamiento penitenciario<sup>70</sup>. Este es un proceso reciente que ha suscitado intensos debates políticos y académicos sobre el papel de los tribunales y la reforma penitenciaria<sup>71</sup>. A pesar de la importancia de este proceso de intervención, la transformación apenas se ha sentido en los patios, mientras que el hacinamiento parece incontrolable y la tasa de encarcelamiento aumenta vertiginosamente. Mientras que en 1998 había 43 259 internos, en menos de veinte años se ha triplicado la población hasta alcanzar los 115 562. En los últimos cinco años el hacinamiento general del sistema penitenciario se ha mantenido por encima del 45 %<sup>72</sup>.

Cuando iniciamos las visitas exploratorias a los establecimientos de reclusión, uno de los asuntos que más nos sorprendió fue el alto conocimiento y manejo de la jurisprudencia constitucional y la inclusión dentro del discurso de las personas presas del lenguaje de los derechos. Lo mismo sucedía con la guardia penitenciaria, pues muchos de nuestros interlocutores eran jóvenes entusiastas que estudiaban derecho por las noches tras salir de sus turnos en el penal. Que fuéramos presentados como profesores de una facultad de derecho seguramente activó este código de comunicación.

Los contactos exploratorios con la administración penitenciaria para iniciar el trabajo de campo se realizaron en agosto del 2009 y pronto descubrimos que una de sus grandes preocupaciones era la poca efectividad que había tenido la Sentencia T-153 de 1998 en el mejoramiento de las condiciones del establecimiento y las dudas sobre los mecanismos disponibles para lograr su cumplimiento. Cuando ingresamos al establecimiento para iniciar conversaciones con los líderes de patios y ver qué tan abiertos estaban para participar en el proyecto, vimos que sus preocupaciones eran similares a la administración penitenciaria: ¿Cómo se pueden utilizar los mecanismos jurídicos para mejorar las condiciones de reclusión? ¿Cómo se puede hacer cumplir la sentencia de la Corte? En esta primera fase del proceso de investigación, el acceso al campo y la definición del rol fueron procesos simultáneos. Nuestro capital cultural y simbólico, en este contexto de litigio penitenciario creciente, abrió las puertas del presidio.

69 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-153 de 1998; T-388 del 2015 y T-762 del 2015.

70 Libardo José Ariza Higuera y Mario Andrés Torres Gómez, "Constitución y cárcel: la judicialización del mundo penitenciario en Colombia, *Revista Direito & Práxis* 10, n.º 1 (2019): 630-660.

71 Libardo José Ariza Higuera, "Economic and social rights, prisons, and the Colombian Constitutional Court" in *Constitutionalism of the Global South*, editado por Daniel Bonilla (Cambridge: Harvard University Press, 2013), 129-162.

72 Manuel Iturralde, "Neoliberalism and its impact on Latin American crime control fields", *Theoretical Criminology* 23, n.º 4 (2018): 471-490.



## El ingreso al campo: confiando en el derecho como instrumento de cambio social

Un asunto clave que marca la suerte del proceso de investigación como un todo, es la definición y negociación inicial del rol y su despliegue dentro del campo penitenciario. Como lo señalan Gayá y Reason, el éxito o fracaso de la investigación-acción depende en gran medida de lo que suceda al inicio del proceso, fundamentalmente en la forma en que se logra el acceso al campo y en el tipo de vinculación que se establece con los participantes<sup>73</sup>. La definición y conservación del rol de investigador es tan importante como la claridad en torno al alcance de su aporte para la población con la cual se trabaja. Lo anterior debe estar estrechamente relacionado con el rol que asumirá en el campo penitenciario, con el tipo de conocimiento y recursos que puede movilizar, y con una firme posición ética en la que se deje claro a las poblaciones cuáles son las expectativas reales de esta intervención<sup>74</sup>.

Podría decirse que, en este contexto, nuestra aparición fue vista como una oportunidad estratégica por la administración penitenciaria y también, quizás aún más, como un recurso valioso para las personas presas necesitadas de asesoría jurídica. Hay que tener en cuenta que uno de los rasgos característicos de las prisiones de la región es la participación de las organizaciones de internos en el gobierno y administración de los patios<sup>75</sup>. De hecho, parece existir una suerte de división del gobierno de la prisión, en virtud de la cual la guardia cuida el perímetro exterior de la prisión mientras que deja el gobierno de los patios a los propios internos. Así, aunque presente, la dicotomía entre guardia y prisioneros que aparece como uno de los principales retos que enfrentan los investigadores en el campo penitenciario<sup>76</sup>, con las consecuencias políticas y epistemológicas que de ella se derivan, tiene un sentido distinto en el contexto local. La guardia y los líderes de patio —conocidos como *caciques y casas*— están del mismo lado cuando de gobernar a la enorme población reclusa se trata. La identificación de las necesidades comunes y los asuntos en que el investigador puede, de hecho, tender un puente entre la guardia y la población interna, es una estrategia adecuada para lograr los fines paralelos de conservación del rol y contribución a la transformación del modo de funcionamiento de la institución<sup>77</sup>.

73 Gayá y Reason, "Initiating action research", 243-262.

74 Deborah H. Drake y Joel Harvey, "Performing the role of ethnographer", 489-501; Lynne Roberts y David Indermaur, "The ethics of research with prisoners", 309-326.

75 Darke, "Innate governance", 272-284; Garcés, Martin y Darke, "Informal prison dynamics in Africa and Latin America", 26-27.

76 Liebling, "Whose side are we on?", 475.

77 Rowe, "Situating the self", 404-416.

El impacto negativo que tiene el hacinamiento en la vida cotidiana de la prisión preocupaba —y sigue preocupando— por igual a la guardia y a los líderes de patio. Las riñas por acceder a un espacio en los pabellones donde dormir, la escasez de agua potable y comida, el acceso limitado a los de por sí escasos programas de tratamiento penitenciario amenazaban la frágil estabilidad de la prisión y hacían temer el retorno a los peores años de la violencia penitenciaria. Los internos de larga duración, que por lo general ocupan las posiciones de liderazgo, recordaban el horror de la violencia penitenciaria, con sus desapariciones, masacres y decapitaciones. La misma memoria de horror que estremecía a los guardias antiguos que orgullosos narraban su supervivencia tras atrincherarse detrás de un vidrio blindado que aún hoy conserva los impactos de bala<sup>78</sup>.

En el caso de nuestra intervención en la Cárcel La Modelo de Bogotá hemos definido nuestro rol alrededor de nuestra identidad laboral, como profesores de una prestigiosa facultad de derecho local cuyo capital *podría* ayudar en la lucha contra el hacinamiento. Encontramos en la pedagogía y en la educación para adultos un terreno fértil para adelantar el proceso de IAP en prisiones y así enfrentar el temor y la desconfianza reinante en el establecimiento<sup>79</sup>. Y, como profesores, tanto guardias como internos esperan de nosotros un amplio conocimiento del régimen jurídico y de las estrategias que se podrían implementar para avanzar en la mejora de las condiciones de reclusión. Al mismo tiempo, y como consecuencia de pertenecer a una universidad privada de élite, ambas partes creían que podíamos movilizar amplios recursos para, por ejemplo, equipar mejor las aulas educativas y conseguir computadores. Tanto los prisioneros como la burocracia penitenciaria ingresan en este regateo esperando obtener algo. La negociación es parte del proceso<sup>80</sup>.

En los primeros encuentros con guardias e internos representantes de los distintos patios, dejamos claro que nuestro saber académico era limitado y que difícilmente se podía movilizar para absolver todas las dudas que se presentaban o alcanzar todas las metas que anhelaban. No teníamos respuestas para muchas de sus preguntas y, de hecho, las que ellos tenían nos parecían mejores y más convincentes. En algunas sesiones me sentía presentando un riguroso examen oral de final de carrera y veía cómo la desconfianza empezaba a convertirse en actitud hostil: “Este profesor no tiene ni idea de lo que pasa aquí realmente”.

78 Libardo José Ariza y Manuel Iturralde, “The bullet in the glass: War, death, and the meaning of penitentiary experience in Colombia”, *International Criminal Justice Review* 30, n.º 1 (2019): 83-98.

79 Timothy Pyrch, “Participatory action research and the culture of fear: Resistance, community, hope and courage”, *Action Research* 5, n.º 2 (2007): 199-216.

80 Jill Grant, Geoffrey Nelson y Terry Mitchell, “Negotiating the challenges of participatory action research: Relationships, power, participation, change and credibility”, en *Handbook of action research: Participative inquiry and practice*, editado por Peter Reason y Hilary Bradbury (Londres: Sage Publications, 2001), 589-601.

Propusimos entonces realizar dos talleres de trabajo preliminares, uno con guardias y otro con internos, en los cuales se acordarían los temas que trataríamos en diez sesiones de dos horas. Como profesores no definiríamos de manera anterior e independiente el programa del Primer Taller en Derechos Humanos y Régimen Penitenciario, sino que acordaríamos los temas en función de los asuntos que mayor tensión y conflictos generaban entre guardias e internos. Nuestro compromiso era preparar la sesión y conseguir a un experto en el tema que estuviera dispuesto a ir a la cárcel a dictar la clase, tarea que no fue fácil pero que logramos gracias a la colaboración generosa de varios colegas de la facultad. Asuntos que generan una importante tensión entre guardias e internos, como el alcance de las requisas corporales a visitantes, la imputación de responsabilidad en aspectos disciplinarios, el derecho de petición y el acceso a salud y alimentación, fueron algunos de los temas centrales de los primeros talleres. Estos espacios pedagógicos son importantes para crear herramientas para sobrellevar el encarcelamiento y empoderar a los prisioneros<sup>81</sup>.

Los talleres de derechos humanos que realizamos cada semestre en el establecimiento desde el 2009 se han convertido en nuestra principal ventana al establecimiento y a través de ella hemos logrado ampliar nuestro espacio de acción dentro de la prisión y definir algunas de las principales líneas de litigio estratégico que hemos adelantado en los últimos años ante la Corte Constitucional colombiana. Los principales productos de esta primera fase fueron la presentación de un Informe Sombra sobre Condiciones de Reclusión ante la Comisión de Derechos Humanos y, especialmente, el trabajo conjunto con las organizaciones de internos para solicitar a la Corte Constitucional revisar el cumplimiento de la Sentencia T-153 de 1998, solicitud que fue firmada por centenares de internos de las principales prisiones de Bogotá. Nuestro inicio en el campo fue prometedor.

## De la desilusión a la redefinición de la estrategia

En marzo del 2015 encontré sobre el escritorio de mi oficina una copia de la Sentencia T-388 del 2013, en la cual la Corte Constitucional declaraba nuevamente la existencia de un Estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario del país. Junto a las 600 páginas de la sentencia se encontraba el oficio de la Corte a través del cual se nos notificaba la decisión, en nuestra calidad de abogados de uno de los prisioneros de

81 Stephen John Harnett, Jennifer K. Wood y Bryan J. McCann, "Turning silence into speech and action: Prison activism and the pedagogy of empowered citizenship", *Communication and Critical/Cultural Studies* 8, n.º 4 (2011): 331-352. Editha Rosario-Moore y Alexios Rosario-Moore, "From the ground up: Criminal law education for communities most affected by mass incarceration", *Clinical Law Review* 23, n.º 2 (2017): 753-774.

la Cárcel La Modelo de Bogotá, cuyo expediente había sido seleccionado por el alto tribunal. Tras un proceso de trabajo conjunto durante dos años con la guardia del establecimiento, los líderes de patio y los asistentes a los talleres de derechos humanos, habíamos acordado presentar una acción de tutela solicitando a la Corte Constitucional la excarcelación de prisioneros como remedio judicial adecuado para hacer efectiva la garantía contenida en el artículo 12 de la Constitución. La acción de tutela fue presentada en el 2013 y esperamos otros dos años la decisión final de la Corte Constitucional.

Es una sensación extraña la emoción de un ganar un caso, pero al mismo tiempo saber que la victoria apenas cambiará la situación del cliente. La Corte ordenó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) suministrar de manera inmediata a nuestro representado una celda donde dormir, un colchón, los elementos básicos de subsistencia como papel higiénico, crema dental y acceso a agua potable. La administración del establecimiento no pudo cumplir con las órdenes de la sentencia porque nuestro cliente había sido liberado unos meses atrás. Los tiempos del discurso jurídico y el tiempo de la prisión no coinciden. Ganó el caso, pero su situación no mejoró. ¿Para quién fue la victoria? ¿Cuál fue el impacto de este caso en la población penitenciaria?

Los límites del derecho para producir transformación social son asuntos ampliamente discutidos por la literatura de derecho y sociedad. En *The hollow hope: Can courts bring about social change?*<sup>82</sup>, uno de los libros canónicos sobre el cambio social impulsado por el derecho, Rosenberg concluye que las decisiones judiciales apenas cuentan con el poder para transformar esquemas sociales opresivos profundamente arraigados en la cultura y la estructura social, como la segregación racial. La postura de Rosenberg es tildada de excesivamente realista e instrumentalista por las aproximaciones constructivistas a la relación entre derecho y cambio social. Estas consideran que el cambio social *driven by the legal* también se puede verificar en la transformación de relaciones sociales, símbolos y percepciones de los actores involucrados<sup>83</sup>.

Esta es, sin duda, una discusión académica interesante y poderosa, en la que he podido participar gracias a lo que he aprendido durante esta investigación. Pero estos sofisticados argumentos académicos resultan insuficientes para “explicar” a los internos por qué a pesar de haber ganado un caso su situación probablemente no va a cambiar en el futuro cercano. Por qué, a pesar de que la Corte Constitucional declaró que son víctimas de *unusual and cruel punishment*, deberán seguir sufriendo los rigores del

82 Gerald Rosenberg, *The hollow hope: Can courts bring about social justice?* (Chicago: The University of Chicago Press, 2008).

83 Michael W. McCann, *Rights at work: Pay equity reform and the politics of legal mobilization* (Chicago: The University of Chicago Press, 1994).

hacinamiento durante el tiempo que tomará la implementación de las complejas órdenes de la sentencia. La Corte se resistió a considerar las excarcelaciones como una medida prioritaria. Tuvimos que organizar una serie de talleres de lectura y análisis de la sentencia con guardias e internos por igual, lo cual dejó un sabor agri dulce en los participantes. Los argumentos simbólicos suenan a excusa sofisticada para los participantes. El discurso académico sobre las posibilidades limitadas de la transformación social por el derecho simplemente perdió su encanto y se convirtió en una promesa vacía que disolvió la confianza entre las partes.

Como lo señala NeJaime, dentro del litigio estratégico a veces es difícil distinguir entre perder y ganar<sup>84</sup>. De hecho, hay casos en los que se logra *ganar a través de la derrota* y los momentos de aparente pérdida ayudan a los litigantes a cambiar estrategias y fortalecen las relaciones de estos con los movimientos sociales y grupos de interés. Por ello, menciona que los involucrados “(n)o obstante, pueden configurar la derrota de manera que resulte en efectos productivos para el movimiento social y conduzca a estrategias de reforma más efectivas”<sup>85</sup>. La *derrota exitosa*, como lo denomina Depoorter, puede suponer que los grupos de interés y colectivos se desilusionen de las posibilidades del derecho y abandonen el litigio como estrategia: “irónicamente, entonces, una derrota judicial a veces podría ser una forma efectiva de impulsar las iniciativas que no se basan en litigios y que los académicos críticos defienden como más efectivas para la movilización social”<sup>86</sup>. En gran medida, esto fue lo que sucedió. El carácter ambivalente de la victoria judicial y su impacto negativo en la relación entre los participantes nos obligó a redefinir nuestra estrategia de intervención en el establecimiento. Concluyo este artículo con unas reflexiones sobre la importancia de la flexibilidad en la redefinición de la estrategia y el cambio de escala en la aproximación jurídica a la vida cotidiana de la prisión como respuesta a la pérdida de confianza de los participantes.

## **El derecho como herramienta de microtransformación**

Seguimos apostando fuertemente por la investigación-acción basada en el uso del derecho como código de comunicación con los participantes y herramienta de transformación, básicamente porque no tenemos otra cosa que ofrecer. No es posible liberarnos del rol que hemos construido durante años. Pero más allá de esta suerte de resignación ante la

84 Douglas NeJaime, “Winning through losing”, *Iowa Law Review* 96 (2010): 941-1012.

85 Douglas NeJaime, “Winning through losing”, 945.

86 Ben Depoorter, “The upside of losing”, *Columbia Law Review* 113, n.º 4 (2013): 817-862.

unidimensionalidad de nuestro rol, mantuvimos la apuesta por el derecho por convicciones personales. A pesar de las limitaciones del lenguaje jurídico, y especialmente del lenguaje de los derechos, para expresar de manera adecuada las tensiones políticas que se encuentran en un determinado contexto social, creemos que el derecho sigue siendo una herramienta poderosa para propiciar transformaciones institucionales. Una razón adicional es que el *desempoderamiento político*<sup>87</sup> de las personas presas hace en extremo difícil propiciar cambios a través de la reforma legislativa. Decidimos modificar la escala de nuestra intervención y, por decirlo de alguna manera, concentrarnos en los pequeños, pero muy importantes asuntos de la vida cotidiana del presidio.

Un asunto clave para nuestra estrategia es que los efectos del litigio fueran reales y cercanos para los participantes. De otra manera, en el corto plazo los réditos del éxito en el litigio estratégico se observarían principalmente en el aumento del prestigio académico y profesional del investigador. El cambio de escala en el litigio supone un giro de lo estructural a lo personal, a la atención de las necesidades individuales autoidentificadas de las personas presas<sup>88</sup>. Cuestiones cruciales de la vida en prisión, como los traslados, el régimen de visitas o los subrogados penales, pasan a través del lenguaje jurídico y son definidas por este. Y este giro en la estrategia también supuso una renegociación de las condiciones de la intervención con las fuentes formales e informales de poder de la prisión y con las directivas de la facultad de derecho a la cual pertenecemos.

En una nueva ronda de conversaciones, tanto los líderes de patio como la administración penitenciaria, coincidieron en que uno de los factores que incidía en el hacinamiento era la dificultad para acceder a medidas sustitutivas de la prisión. Personas que reunían los requisitos legales para obtener beneficios administrativos y subrogados penales, seguían encerradas porque no contaban con una debida representación legal y, cuando la tenían, sus solicitudes quedaban estancadas en la congestionada oficina jurídica del establecimiento. Garantizar el acceso a la justicia de las personas presas se convirtió en un asunto prioritario. En ese momento, nuestro equipo de trabajo estaba conformado por un colega y yo, y por dos jóvenes abogados y, aunque estábamos de acuerdo con el nuevo enfoque, señalamos que no teníamos capacidad para atender ese volumen de litigio. Nuestro compromiso fue intentar que la facultad de derecho permitiera que un grupo de estudiantes de último año de carrera realizara su práctica jurídica, conocida en el medio local como Consultorio Jurídico, dentro de la Cárcel La Modelo de Bogotá.

87 Richard L. Lippke, "The disenfranchisement of felons", *Law and Philosophy* 20, n.º 6 (2001): 553-580.

88 Nicole M. Morani et al., "A description of the self-identified needs, service expenditures, and social outcomes of participants of a prisoner-reentry program", *The Prison Journal* 91, n.º 3 (2011): 347-365.

No tengo espacio suficiente para describir el difícil proceso de negociación con las directivas de la facultad, cuyo compromiso con el proyecto ha sido enorme, para que veinte estudiantes fueran una vez a la semana, durante cuatro horas, a los patios de la prisión para prestar asesoría jurídica gratuita a los internos de la prisión. Que este tipo de experimentos son muy valiosos para la formación de los estudiantes de derecho y que han sido aplicados en otras universidades contribuyó a defender nuestro argumento<sup>89</sup>. Tras un proceso cercano a los dos años, logramos que se abriera el programa de representación jurídica a internos en la Cárcel La Modelo de Bogotá, al negociar simultáneamente con las autoridades penitenciarias y los líderes de patio dos cuestiones fundamentales. Primero, la garantía de seguridad para los estudiantes en sus visitas a los patios. Segundo, nuestra total autonomía para seleccionar a los internos que recibirían asesoría y representación jurídica.

En promedio, cada periodo académico asesoramos a cerca de 200 prisioneros. Los estudiantes también apoyan a la oficina jurídica del establecimiento para aminorar su carga laboral y acelerar el trámite de las solicitudes. Todavía es pronto para hacer una reflexión sobre esta estrategia. Pero puedo decir que la alegría de un interno que logra salir de la prisión porque un estudiante redactó una solicitud se siente poderosamente en la sociedad carcelaria, mucho más que la victoria rimbombante en un caso de litigio estructural ante la Corte Constitucional.

## Conclusiones

Sin importar la duración y profundidad en el desarrollo de la IAP se seguirán presentando retos importantes que deben ser enfrentados cotidianamente. Algunos de ellos tienen que ver con las características propias del orden social penitenciario local como, por ejemplo, la pluralidad de fuentes de control al interior de los patios. La necesidad de contar con el respaldo de las estructuras informales de poder de los patios para asegurar la seguridad de las visitas y, al mismo tiempo, tratar de mantener independencia en la selección de los internos que participarán en los programas es posiblemente un reto estructural de la intervención. En efecto, un riesgo importante que se corre en este tipo de intervenciones es incrementar el poder de los líderes de patio sobre la población interna. En la medida en que estos líderes funcionan como enlace entre el investigador y la población reclusa, tenemos poco control sobre la elección de los participantes de cada patio y estos pueden reforzar su dominio al distribuir y gestionar el acceso a un recurso escaso y valioso como la asesoría jurídica.

89 Lindsay M. Harris, "Learning in 'baby jail': Lessons from law student engagement in family detention centers", *Clinical Law Review* 25 (2018): 155-221.

Otros retos surgen de aspectos rutinarios del gobierno penitenciario como, por ejemplo, los traslados de internos a otros establecimientos que pueden borrar en un instante años de construcción de confianza entre los participantes. Si, como se señaló, establecer el vínculo de confianza con personas sometidas al rigor del encierro es un asunto ya de por sí difícil, cuando los participantes son trasladados a otras prisiones la pérdida mutua es incalculable y el sentimiento de impotencia insuperable. Como en un juego de escalera, las decisiones políticas de la administración penitenciaria devuelven al investigador a la casilla inicial y nuevamente hay que perseverar para abrir las ventanas que se van cerrando.

## Bibliografía

- Ariza, Libardo José. "Economic and social rights, prisons, and the Colombian Constitutional Court". In *Constitutionalism of the Global South*, editado por Daniel Bonilla, 129-162. Cambridge: Harvard University Press, 2013.
- Ariza, Libardo José y Mario Andrés Torres Gómez. "Constitución y cárcel: la judicialización del mundo penitenciario en Colombia". *Revista Direito & Práxis* 10, n.º 1 (2019): 630-660.
- Ariza, Libardo José y Carolina Ángel. "En el corazón del Buen Pastor. La apropiación del discurso de los derechos humanos en el contexto carcelario". *Antípoda* 23 (2015): 45-64.
- Bennett, Peter, Ben Crewe y Jason Warr. "The emotional geography of prison life". *Theoretical Criminology* 18, n.º 1 (2014): 56-74.
- Bonilla, Daniel. "Legal clinics in the Global North and South: Between equality and subordination. An essay", *Yale Human Rights and Development Law Journal* 16, n.º 1 (2013): 2-40.
- Bosworth, Mary y Eammon Carrabine. "Reassessing resistance: Race, gender and sexuality in prison". *Punishment & Society* 3, n.º 4 (2001): 501-515.
- Bosworth, Mary, Debi Campbell, Bonita Demby, Seth M. Ferranti y Michael Santos. "Doing prison research: Views from inside". *Qualitative Inquiry* 11 (2005).
- Bottoms, Anthony y Richard Sparks. *Prisons and the problem of order*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- Brydon-Miller, Mary, Davydd Greenwood y Patricia Maguire. "Why action research?". *Action Research* 1 (2003): 9-28.
- Carrillo Leal, William. "From my prison cell. Time and space in prison in Colombia, an ethnographic approach". *Latin American Perspectives* 28, n.º 116 (2001): 149-164.
- Cho, Jeasik y Allen Trent. "Validity in qualitative research revisited". *Qualitative Research* 6 (2006): 319-340.
- Clemmer, Donald. *The prison community*. Boston: Rinehart, 1958.
- Crewe, Ben. "Not looking hard enough: Masculinity, emotion, and prison research". *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 392-403.



- . "Writing and reading a prison: Making use of prisoner life stories". *Criminal Justice Matters* 91, n.º 1 (2013).
- Cunha, Manuela. "The ethnography of prisons and penal confinement". *Annual Review of Anthropology* 43 (2014): 217-233.
- Darke, Sacha, "Inmate governance in Brazilian prisons". *The Howard Journal* 3, n.º 52 (2013): 272-284.
- De Fazio, Gianluca "Legal opportunity structure and social movement strategy in Northern Ireland and Southern United States". *International Journal of Comparative Sociology* 53, n.º 1 (2012): 3-22.
- De Rosia, Victoria. *Living inside prison walls: Adjustment behavior*. Connecticut: Praeger Westport, 1998.
- Depoorter, Ben. "The upside of losing". *Columbia Law Review* 113, n.º 4 (2013): 817-862.
- Domingo, Pilar. "Judicialization of politics or policization of the judiciary?". *Recent Trends in Latin America, Democratization* 11, n.º 1 (2004): 104-126.
- Drake, Deborah. "Researching prisoners experience with prison officers: An action-research inspired approach". *Action Research* 12, n.º 1 (2013): 94-109.
- Drake, Deborah y Joel Harvey. "Performing the role of ethnographer: Processing and managing the emotional dimensions of prison research". *International Journal of Social Research Methodology* 17, n.º 5 (2014): 489-501.
- Durkheim, Emile. *Las reglas del método sociológico*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Earle, Rod. "Insider and out: Making sense of a prison experience and a research experience". *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 429-438.
- Fals Borda, Orlando. "La crisis, el compromiso y la ciencia". En *Una sociología sentipensante para América Latina*, antología de Orlando Fals Borda compilada por Víctor Manuel Moncayo, 219-252, Ciudad de México: Siglo XXI, 2015.
- Finkelstein, Ellis. *Prison culture: An inside view*. Averbury: Aldershot, 1993.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Garcés, Chris, Tomas Martin y Sacha Darke. "Informal prison dynamics in Africa and Latin America". *Criminal Justice Matters* 91, n.º 1 (2013): 26-27.
- Gaventa, John y Andrea Cornwall. "Power and knowledge". En *Handbook of action research: Participative inquiry and practice*, editado por Peter Reason y Hilary Bradbury, 70-80. Londres: Sage Publications, 2001.
- Gayá, Patricia y Peter Reason. "Initiating action research. Challenges and paradoxes of opening communicative space". *Action Research* 7, n.º 3 (2009): 243-262.
- Geertz, Clifford. *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa, 1992.
- Goffman, Erving. *Estigma: la identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.
- . *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires: Amorrortu, 2011.
- González-Ocantos, Ezequiel. *Shifting legal visions. Judicial change and human rights trials in Latin America*. Cambridge: University Press, 2016.
- Grant, Jill, Geoffrey Nelson y Terry Mitchell. "Negotiating the challenges of participatory action research: relationships, power, participation, change and credibility". En

- Handbook of action research: Participative inquiry and practice*, editado por Peter Reason y Hilary Bradbury, 589-601. Londres: Sage Publications, 2001.
- Harnett, Stephen John, Jennifer K. Wood y Bryan J. McCann. "Turning silence into speech and action: Prison activism and the pedagogy of empowered citizenship". *Communication and Critical/Cultural Studies* 8, n.º 4 (2011): 331-352.
- Harris, Lindsay M. "Learning in 'Baby Jail': Lessons from law student engagement in family detention centers". *Clinical Law Review* 25 (2018): 155-221.
- Heron, John y Peter Reason. "The practice of co-operative inquiry: Research with rather than on people". En *Handbook of action research: Participative inquiry and practice*, editado por Peter Reason y Hilary Bradbury, 179-188. Londres: Sage, 2011.
- Hilsen, Anne Inga. "And they shall be known by their deeds: Ethics and politics in action research". *Action Research* 4, n.º 1 (2006): 23-36.
- Iturralde, Iturralde. "Neoliberalism and its impact on Latin American crime control fields". *Theoretical Criminology* 23, n.º 4 (2018): 471-490.
- Irwin, John. *The Felon*. Berkeley: University of California Press, 1970.
- Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Tatiana Alfonso Sierra. *Mujeres, cortes y medios. La reforma judicial del aborto*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2002.
- Jacobs, James. *Stateville. The penitentiary in mass society*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.
- Jewkes, Yvonne. "Autoethnography and emotion as intellectual resources: Doing prison research differently". *Qualitative Inquiry* 18, n.º 1 (2011): 63-75.
- . "What has prison ethnography to offer in an age of mass incarceration?". *Criminal Justice Matters* 91, n.º 1 (2013): 14-15.
- Larrea, Miren. "We are not third parties: Exploring conflict between action researchers and stakeholders as the engine of transformation". *Action Research* (2019).
- Lemaitre, Julieta y Kristin Bergtora Sandvik. "Shifting frames, vanishing resources, and dangerous political opportunities: Legal mobilization among displaced women in Colombia". *Law and Society Review* 49, n.º 1 (2015): 5-38.
- Liebling, Alison. "Whose side are we on? Theory, practice and allegiances in prison research". *British Journal of Criminology* 41 (2001): 472-484.
- Lippke, Richard L. "The disenfranchisement of felons". *Law and Philosophy* 20, n.º 6 (2001): 553-580.
- Luker, Kristian. *Salsa dancing into the social sciences. Research in an age of info-glut*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- Matthews, Roger. *Doing time: An introduction to the sociology of imprisonment*. Londres: Macmillan Press, 1999.
- McCann, Michael W. *Rights at work: Pay equity reform and the politics of legal mobilization*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.
- Mehta, Lyla. "Over the rainbow: The politics of researching citizenship and marginality". *Action Research* 6, n.º 2 (2008): 233-253.
- Melossi, Dario y Massimo Pavarini. *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. Ciudad de México: Siglo XXI, 1985.

- Morani, Nicole M. *et al.* "A description of the self-identified needs, service expenditures, and social outcomes of participants of a prisoner-reentry program". *The Prison Journal* 91, n.º 3 (2011): 347-365.
- NeJaime, Douglas. "Winning through losing". *Iowa Law Review* 96 (2010): 941-1012.
- Newbold, Greg, Jeffrey Ian Ross, Richard Jones, Stephen C. Richards y Michael Lenza. "Prison research from the inside: The role of convict autoethnography". *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 439-448.
- Owen, Barbara. *In the mix: Struggle and survival in a women's prison*. Albany: State University of New York Press, 1998.
- Pettit, Michael. "The con man as model organism: the methodological roots of Erving Goffman's dramaturgical self". *History of the Human Sciences* 24, n.º 2 (2011): 138-154.
- Piché, Justin, Bob Gaucher y Kevin Walby. "Facilitating prisoner ethnography: An alternative approach to 'doing prison research differently'". *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 449-460.
- Pyrch, Timothy. "Participatory action research and the culture of fear: Resistance, community, hope and courage". *Action Research* 5, n.º 2 (2007): 199-216.
- Reiter, Keramet. "Making windows in walls: Strategies for prison research". *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 417-428.
- Rhodes, Lorna A. "Ethnographic imagination in the field of the prison". *Criminal Justice Matters* 91, n.º 1 (2013).
- Richards, Stephen C. y Jeffrey Ian Ross. "Introducing the new school of convict criminology". *Social Justice* 28, n.º 1 (2001): 177-190.
- Roberts, Lynne y David Indermaur. "The ethics of research with prisoners". *Current Issues in Criminal Justice* 19, n.º 3 (2008): 309-326.
- Rosario-Moore, Editha y Alexios Rosario-Moore. "From the ground up: Criminal law education for communities most affected by mass incarceration". *Clinical Law Review* 23, n.º 2 (2017): 753-774.
- Rosenberg, Gerald. *The hollow hope: Can courts bring about social justice?* Chicago: The University of Chicago Press: 2008.
- Roulston, Kathryn. "Considering quality in qualitative interviewing". *Qualitative Research* 10 (2010): 199-228.
- Rowe, Abigail. "Situating the self in prison research: Power, identity, and epistemology". *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 404-416.
- Rusche, Georg y Otto Kirchheimer. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984.
- Sale, Joanna, Lynne H. Lohfeld, y Kevin Brazil. "Revisiting the quantitative-qualitative debate: Implications for mixed-methods research". *Quality & Quantity* 36 (2012): 43-53.
- Schliehe, Anna K. "Re-discovering Goffman: Contemporary carceral geography, the 'total' institution and notes on heterotopia". *Geografiska Annaler: Series B, Human Geography* 98, n.º 1 (2016): 19-35.
- Selener, Daniel. *Participatory action research and social change*. Nueva York: Cornell University Press, 1997.
- Sykes, Gresham. *La sociedad de los cautivos. Estudio de una cárcel de máxima seguridad*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2017.

- Sykes, Gresham y Sheldom Messinger. "The inmate social system". En *Theoretical studies in social organization of the prison*, editado por Richard Cloward y Donald Cressey, 4-20. Nueva York: Social Science Research Council, 1960.
- Ugelvik, Thomas. "Prison ethnography as lived experience: Notes from the diaries of a beginner let loose in Oslo prison". *Qualitative Inquiry* 20, n.º 4 (2014): 471-480
- Wacquant, Loïc. *Las cárceles de la miseria*. Madrid: Alianza, 2002.
- Waldram, James. "Challenges of prison ethnography". *Anthropology News* 50 (2009): 4-5.

## Sobre los autores

**Renata Amaya González** es abogada y antropóloga de la Universidad de los Andes, magíster en Estudios Liberales de New School for Social Research y doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Ha sido profesora de las facultades de Derecho y Administración de la Universidad de los Andes y ha dictado las asignaturas de Lógica y Retórica (argumentación oral y escrita), Ética Profesional y Gerencia de Recursos Humanos. En la Facultad de Derecho se desempeña actualmente como líder de proyectos del CIJUS y coordinadora de Investigaciones Dirigidas, Judicaturas y Prácticas. Es consejera en casos de matoneo, acoso, amenaza, discriminación y violencia sexual y de género. Sus investigaciones se centran en los temas de la argumentación oral y escrita, el estado laico y la ética profesional. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran la coordinación del libro *Una mirada a la construcción del argumento jurídico* (Ediciones Uniandes, 2019) y es coautora de un capítulo en *Aprender a escribir en la universidad* (Ediciones Uniandes, 2015).

**Libardo José Ariza** es abogado de la Universidad de los Andes con maestría en Sociología Jurídica del Institute for the Sociology of Law (IISL) y doctorado en Derecho de la Universidad de Deusto. Actualmente es profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, donde codirige la Clínica Jurídica, Grupo de Prisiones. Entre sus áreas académicas de interés están la criminología, el pluralismo cultural, el derecho constitucional y la metodología de la investigación. Sus publicaciones más recientes son “Legal indigeneity: Knowledge, legal discourse and the construction of indigenous identity in Colombia” (*Identities. Global studies in culture and power*, 2020); “You don’t respect me, but I’m worthy of

respect. Paramilitaries' prison experience and conflict transformation in Colombia" (*Punishment and Society*, 2019, coautor con Manuel Iturralde).

**Antonio Barreto Rozo** es abogado de la Universidad de los Andes con maestría en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia y maestría y doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Yale. Actualmente es profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, donde dirige la Maestría en Derecho y la colección Historia y Materiales del Derecho. Sus áreas académicas de interés son el derecho constitucional, la historia del derecho y la filosofía política. Entre sus publicaciones más relevantes se encuentran los libros *Venturas y desventuras de la Regeneración* y *La generación del estado de sitio*.

**Carlos Julio Giraldo Bustamante** es abogado de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes, especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia y doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es director de la Especialización en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Sus áreas académicas de interés son el derecho privado y, en especial, el derecho de los contratos. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran *El contrato y la justicia: una relación permanente y compleja* y *Estudios de derecho contractual: de la compraventa a las economías colaborativas*.

**Jorge González Jácome** es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y doctor en Derecho de la Universidad de Harvard. Actualmente es profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y codirector de la colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Dentro de sus publicaciones más relevantes se encuentran los libros *Revolución, democracia y paz: trayectorias de los derechos humanos en Colombia 1973-1985* (Tirant lo Blanch y Ediciones Uniandes, 2019) y *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia, 1930-1990* (Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2015).

**Henrik López Sterup** es abogado de la Universidad de los Andes con maestría en Ciencia Política de la misma universidad y doctorado en Derecho de la Universidad de Alicante. Actualmente es profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y dirige el área de Educación Jurídica dentro de la Facultad. Sus reflexiones académicas se centran en la educación y la investigación jurídica, el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Algunas de sus publicaciones más recientes son *Legitimidad y derecho: algunas consideraciones* (UFRJ, 2019) y "Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una

discusión a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre una política" (*Revista Doxa*, 2017).

**Eleonora Lozano Rodríguez** es abogada, economista y magíster en Economía de la Universidad de los Andes y doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca. Actualmente es decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Sus reflexiones académicas han girado en torno a la tributación y la hacienda pública colombiana, a partir de perspectivas comparadas e interdisciplinarias. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran *Justicia tributaria (jurisprudencia tributaria del Consejo de Estado 2005-2016)* (Ediciones Uniandes, 2017) y *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano* (Ediciones Uniandes, 2016). Puede seguirla en [www.eleonoralozano.com](http://www.eleonoralozano.com)

**Carolina Moreno V.** es doctora en Derecho de la Universidad de los Andes, magíster en Derecho Público de la Universitat Pompeu Fabra, abogada y especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes. Es profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y directora de Investigaciones-Cijus. Además, es directora del Centro de Estudios en Migración (CEM) y cofundadora de la Clínica Jurídica para Migrantes. Sus áreas de interés son el derecho administrativo, las políticas públicas, la migración y el desplazamiento interno, la educación legal clínica y el género. Entre sus publicaciones más recientes están "Transformaciones contemporáneas del derecho administrativo liberal: descripción de una inflexión jurídica" y "Los protocolos de violencias basadas en género de las universidades colombianas: apuestas pioneras en un contexto ausente de regulación".

**Gracy Pelacani** es abogada y doctora en Estudios Jurídicos Comparados y Europeos de la Università degli Studi di Trento (Italia). Ha sido profesora de cátedra de la Universitat Pompeu Fabra (España) y de la Università degli Studi di Trento (Italia). Actualmente es profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, directora del Semillero de Investigación en Derecho y Migración en Colombia, miembro del Centro de Estudios en Migración (CEM) y profesora de la Clínica Jurídica para Migrantes de la misma facultad. Sus reflexiones han girado en torno a la migración en la Unión Europea y en América Latina, la protección de la niñez en situación de movilidad humana y la educación legal clínica. En sus publicaciones más recientes se encuentra "Corte Constitucional colombiana: ¿Un escenario posible para el experimentalismo constitucional en materia migratoria?", escrito en coautoría con Carolina Moreno V. (*Latin American Law Review*, 2020).

**Betsy Perafán Liévano** es abogada y licenciada en matemáticas con maestría y doctorado en Educación. Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, donde ha sido directora del área de Educación Jurídica y docente de Sociología Jurídica, Lógica y Retórica, Hermenéutica Jurídica, Introducción al Derecho, Constitución y Democracia, Ética Profesional, Mediación y Conciliación y la materia facultativa Mis Conflictos con el Derecho. Actualmente preside la Red de Lenguaje Claro de Colombia. Sus intereses académicos giran en torno a la enseñanza del derecho, la argumentación jurídica y la formación ciudadana. Entre sus publicaciones más recientes están el capítulo “Educación jurídica en lenguaje claro” en el libro *Por el derecho a comprender* (Ediciones Uniandes y Siglo del Hombre Editores, 2021), del cual también fue coordinadora académica, y el capítulo “Más allá del debate” del libro *Una mirada a la argumentación jurídica* (Ediciones Uniandes, 2019).

**Ricardo Posada Maya** es abogado con honores de la Universidad Pontificia Bolivariana, con especialización en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia, D. E. A. y doctorado en Derecho por la Universidad de Salamanca. Actualmente es profesor asociado y director del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Justicia Transicional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, conjuer de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia y miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional de la Universidad de Salamanca (España) y del Instituto di Studi Penalistici Alimena del Centro de Investigación Interdepartamental de la Universidad de Calabria (Italia). Sus áreas de investigación son el derecho penal general y especial, la punibilidad y el cibercrimen. Entre sus publicaciones más destacadas se encuentran los libros *Delito continuado y concurso de delitos*, *Delitos contra la vida y la integridad personal* y *Los cibercrímenes: un nuevo paradigma de criminalidad*, además de numerosos artículos sobre criminalidad.

**Natalia Ramírez Bustamante** es abogada y filósofa con maestría en Derecho de la Universidad de los Andes y maestría y doctorado en Derecho de la Universidad de Harvard. Actualmente es profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y directora del Semillero de Investigación Trabajo y Derecho. Su trabajo articula métodos cuantitativos y cualitativos para explorar el efecto del género en el trabajo asalariado, la discriminación de género en el empleo y la relación entre la formalidad y la informalidad laboral. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran “Unintended consequences of maternity leave legislation: The case of Colombia” (*World Development*, 2019) y “A mí me gustaría, pero en mis condiciones no puedo. Maternidad, discriminación y exclusión: el paso del trabajo formal al trabajo informal en confección en Colombia” (*cs*, 2019).



**Eliana Fernanda Romero Vivas** es abogada de la Universidad Católica de Colombia y estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Además, es magíster en Derecho Privado y especialista en Derecho de los Negocios Internacionales de la misma universidad, donde también dicta la cátedra de Derecho de la Propiedad. Sus campos de interés son el derecho privado contractual y los métodos de pedagogía innovadores. Dentro de sus publicaciones están los libros *Los contratos de distribución comercial* (Ibáñez, 2018) y *Contratos de distribución en general y de la franquicia en particular* (Académica Española, 2017).

**Nicolás Santamaría Uribe** es politólogo de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster en Ciencia Política y candidato a doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Sus temas de investigación están relacionados con el uso de métodos cualitativos y cuantitativos en la investigación sociojurídica y en la criminología. Actualmente se desempeña como colaborador del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes. Sus intereses investigativos y académicos se centran en el análisis de la transmisión cultural de conductas delictivas, el uso de métodos cualitativos en la criminología y la economía del castigo. Sus investigaciones y publicaciones más recientes se han centrado en el impacto de la pandemia en el sistema penitenciario colombiano, la criminalización del aborto y las causas socioeconómicas del encarcelamiento.

*Metodologías de investigación jurídica*  
se terminó de imprimir  
en octubre del 2021  
en Bogotá, D. C., Colombia



