

# METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira  
y Emiliano Gil Blanco



UNIVERSIDAD  
DE LOS HEMISFERIOS  
SABER Y SABER HACER



cep

CORPORACIÓN  
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira

Emiliano Gil Blanco

# METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

1.1. La investigación jurídica	9
1.2. Concepto de investigación jurídica	12
1.3. El proceso de investigación	13
1.4. El plan de investigación	14
1.5. Desarrollo de la investigación	15
1.6. El resultado final de la investigación	16
1.6.1. Introducción	16
1.6.2. Antecedentes	16
1.6.3. Marco teórico	16
1.6.4. Metodología	16
1.6.5. Objetivos	16
1.6.6. Referencias bibliográficas	16
2. Unidad 2: Métodos de investigación	
2.1. Los métodos de investigación en el estudio del derecho	31
2.2. Los métodos de investigación generales aplicados a la investigación jurídica	33
2.3. Tipos y niveles de investigación jurídica	40
3. Unidad 3: Los métodos jurídicos	
3.1. Método de analogía	47
3.2. Método de integración del derecho	53
3.3. Método de creación legislativa	72

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES  
Quito, 2015.

**CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)**

**METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA**

Jaime Baquero de la Calle

Emiliano Gil Blanco

**Revisión**

Departamento Jurídico Editorial - CEP

**Diagramación**

Departamento de Diagramación - CEP

**Impresión**

Talleres de la CEP

Derecho de Autor No.:	047581: 18-dic-2015
Depósito Legal:	005400: 18-dic-2015
ISBN No.:	978-9942-10-281-2: 18-dic-2015
Tiraje:	1000
Edición:	Primera

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación sin autorización expresa de la Corporación.

## ÍNDICE GENERAL

### PRIMERA PARTE: INVESTIGACIÓN Y DERECHO

Introducción	1
--------------	---

#### Unidad 1: El proceso de investigación científica

1.1. La investigación jurídica y su objeto de estudio	9
1.2. Concepto de investigación jurídica	12
1.3. El proceso de investigación científica	13
1.4. El plan de investigación	20
1.5. Desarrollo de la Investigación	21
1.6. El resultado final de investigación	25
1.6.1 Introducción	27
1.6.2 Antecedentes	27
1.6.3 Marco teórico de referencia	28
1.6.4 Metodología	28
1.6.5 Interpretación y discusión de resultados	29
1.6.6 Referencias bibliográficas	30

#### Unidad 2: Métodos de Investigación

2.1. Los métodos y las técnicas aplicables en el estudio del derecho	31
2.2. Los principales métodos generales aplicables a la investigación jurídica	35
2.3. Tipos y niveles de investigación jurídica	40

#### Unidad 3: Los métodos jurídicos

3.1. Métodos de interpretación de la ley	47
3.2. Métodos de integración del derecho	63
3.3. Métodos de creación legislativa del derecho	72

#### Unidad 4: Técnicas utilizadas en la investigación

4.1. La observación	78
4.1.1. Pasos que debe tener la observación	79

4.1.2. Recursos auxiliares de la observación	79
4.1.3. Modalidades que puede tener la observación científica	80
4.2. La entrevista	82
4.3. La encuesta	84
4.4. El test	86
4.5. La lectura científica	88
4.6. Las fichas	90
4.7. Elaboración de citas y notas	91
4.7.1. Normas de la American Psychological Association (APA)	93
4.7.2. Normas de la Modern Language Association (MLA)	99
<b>Bibliografía de la Primera Parte</b>	<b>105</b>

## **SEGUNDA PARTE: CIENCIA Y DERECHO**

### **Unidad 5: El Derecho como objeto de investigación**

5.1. Las fuentes de conocimiento en el Derecho	113
5.1.1 Introducción	113
5.1.2 El concepto de Ciencia	119
5.1.3 La Ciencia del Derecho: dificultades y posibilidades	121
5.2. La Ley	126
5.2.1. Nociones generales en torno al concepto de Ley	126
5.2.2. Vigencia de la Ley	128
5.2.3. Estudio científico de la Ley	130
5.2.4. Racionalidad, positivación y formalización de la Ley	131
5.3. La Costumbre	138
5.3.1. Su razón de ser como fuente del Derecho	138
5.3.2. Conflicto de costumbres	141
5.3.3. La Costumbre y la interpretación de la Ley	141
5.4. La doctrina jurídica	142
5.4.1. Auctoritas vel ratio	142
5.4.2. La doctrina clásica en la formulación de la noción de Justicia	143
5.5. Los Principios generales del Derecho	147
5.5.1. Origen	147
5.5.2. La función práctica de lo teórico	149
5.6. La Jurisprudencia	152

5.6.1. Su importancia en la formación del Derecho	152
5.6.2. Investigación jurídica y Jurisprudencia: casos concretos	154

### **Unidad 6: Herramientas de investigación jurídica**

6.1. Introducción conceptual	157
6.2. La curiosidad	159
6.3. La abstracción	164
6.4. La comprobación	176
6.5. La tesis o producto científico	182

### **Unidad 7: Técnicas para elaborar una tesis de Derecho**

7.1. El objeto o tema de tesis	187
7.2. Planteamiento del problema	188
7.3. Hipótesis jurídica	189
7.4 Metodología	191
7.4. Determinación del tema	193
7.5. Registro y recolección de información	194

### **Unidad 8: Esquema general de una investigación jurídica**

8.1. El tema	197
8.2. El problema	198
8.3. La justificación	198
8.4. Los objetivos	199
8.5. La hipótesis	199
8.6. El sumario o esquema de contenidos	200
8.7. La metodología	200
8.8. El plan de trabajo	202
8.9. El presupuesto	202
8.10. La bibliografía	202

<b>Bibliografía de la Segunda Parte</b>	<b>205</b>
---	------------

## Nociones Preliminares

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

El primero de ellos consiste en la elaboración de una propuesta, actual, delictiva y académica a la vez, en torno a unas normas metodológicas que resulten sencillas para aquel estudiante que se enfrenta a la posibilidad –o quizá necesidad– de emprender una investigación jurídica. Precisamente en esta consiste la primera parte de esta obra, elaborada por el Profesor Emiliano Gil Blanco: dar a la investigación jurídica unas herramientas útiles, claras y de inmediata aplicación, sin dejar de lado el rigor académico ni poner en riesgo la objetividad, que dificultarían la feliz conciliación de los ámbitos jurídicos. En definitiva, las pautas que el lector se vea atraído, desde el principio, hacia la investigación en torno al Derecho.

*Si me ofreciesen la sabiduría  
con la condición de guardarla para mí,  
sin comunicarla a nadie,  
no la querría.  
Séneca*

Por su parte, la segunda aspiración de esta obra es la de involucrar al investigador –una vez asimilada la primera etapa de su vida académica– con el concepto de Ciencia: que sepa enfrentarse al mundo del conocimiento, con una plena seguridad en sí mismo y sin el más mínimo complejo de inferioridad; se trata de estar en capacidad de descubrir la sabia armonía que posee el Derecho con el conjunto de la ramas del saber, evitando una decepción prematura al encontrarse inmerso en un entorno académico que tiende a minusvalorar los resultados científicos en tanto a las Humanidades. En esta segunda parte, el Profesor José Buquero de la Calle presenta una revisión de las fuentes clásicas del Derecho, equilibrándolas en el mundo de la contemporaneidad jurídica, con vistas a llevar adelante un diálogo respetuoso y científico. Se trata, pues, de invitar al lector a un acercamiento al mundo de la Ciencia del Derecho, con una limitación que se refiere a la metodología de la investigación.

En suma, esta obra pretende ser una invitación a la investigación

## Nociones Preliminares

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

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

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

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

### *Los autores.*

## PRIMERA PARTE: INVESTIGACIÓN Y DERECHO

Emiliano Gil Blanco

### Introducción

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

Desde esta perspectiva, *A mis hermanos Jeaneth, José Antonio, Lucho y Margarita, compañeros incondicionales en las buenas y en las malas.*

Desde esta perspectiva, *A mis hijos Luis, Gonzalo y Guillermo, por se mi inspiración y ganas de vivir.*

Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira

Los objetivos centrales de esta obra son acercar a los estudiantes al proceso de investigación jurídica a través de un conjunto de técnicas y métodos que les permitan aplicarlos a sus trabajos de clase y a la elaboración de trabajos de grado o memoria.

Emiliano Gil Blanco

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

## SEGUNDA PARTE: CIENCIA Y DERECHO

Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira

### Unidad 5: El Derecho como objeto de investigación

*Cuando la universidad pierde su interés  
por la comprensión del mundo,  
se trivializa.*

*Se convierte en un conjunto de escuelas  
de formación profesional,  
con restos —en el mejor de los casos—  
de una decoración humanista.*

**Alejandro Llano**

#### 5.1. Las fuentes de conocimiento en el Derecho

##### 5.1.1 Introducción

La investigación en ámbitos jurídicos posee una dimensión ambivalente. Puede transformarse en una tarea apasionante y creativa o simplemente quedarse en un aburrido y monótono trabajo de transcripción mecánica de datos. El investigador está llamado a pensar y colocarse, precisamente con su pensamiento, en el origen y desarrollo de las corrientes y líneas de investigación jurídica o, por su parte, se encuentra también en capacidad de hacer oídos sordos a esta vocación científica, dejando que ciertos reduccionismos lo enmarquen en una suerte de *científico segundón* —los de primera línea serían los estudios biológicos, matemáticos, físicos, etc.— que siguen irreflexivamente unos cánones procedimentales fijos, aunque nadie sepa a ciencia cierta por qué son precisamente esos los cánones a seguir y no otros; y casi nadie se atreva a cuestionarlos: ya lo dijo Miguel Delibes: *los estudios de Humanidades (...) sufren cada día, en todas partes, una nueva humillación*<sup>78</sup> por parte de académicos atrapados en un juego intelectual de espejos, con bri-

<sup>78</sup> Miguel Delibes, *Discurso de entrada a la Real Academia de la Lengua*, 25-V-1975.

llantes imágenes de sí mismos y cada vez menos referencias de una realidad exterior en proceso constante de conocimiento.

No se trata, por tanto, de dar unas cuantas reglas imprescindibles al momento de elaborar aquel trabajo, necesario en muchos centros académicos para finalizar los estudios universitarios<sup>79</sup>; ni tampoco de someterse a la corriente impositiva de una versión técnica de las ciencias, arbitrariamente monopolizadora del saber: estas líneas buscan algo más. La técnica y la metodología científica, sin otro fundamento que ellas mismas, pueden quedarse en una secuencia repetitiva de procesos irreflexivos, como el niño que lee en voz alta pero no entiende lo que está leyendo, y no pocos oyentes se hacen cargo de ello.

Este capítulo pretende llevar al investigador por la senda del *realismo jurídico* —*cada paso en la Ciencia es una aproximación a la realidad*<sup>80</sup>— e invitarle a descubrir los posibles eventos científicos que su investigación encierra, para hacer que el Derecho-Ciencia progrese, sin perder de vista que la auténtica vocación científica aspira nada menos que a la sabiduría<sup>81</sup>, y no solamente a la colección de conocimientos técnicos, normativos, procesales, administrativos, jurídico-positivos u otras posibilidades científicas de corto alcance intelectual, sobre las que existe abundante bibliografía. Si se estudiase al Derecho como *la suma de las partes que configuran un “todo”*, estaríamos aplicando una metodología apropiada para las ciencias exactas, pero no para las ciencias humanas, donde el “todo” es mucho más que una simple operación matemática. Es importante conservar, de principio a fin, la visión de grandeza que posee cada ser humano, objeto de estudio e investigación desde la perspectiva jurídica.

En el mundo universitario primigenio *se distinguía*, precisamente, *entre Ciencia y técnica*, dando primacía a la *Scientia*, por tratarse del noble instrumento imprescindible para el progreso del saber. La técnica, por

<sup>79</sup> Sobre los requerimientos para los trabajos de investigación universitaria, vid. *Supra*, 4.1 y ss.

<sup>80</sup> Luis Enrique Baquero, *entrevista*, 19-IX-2015.

<sup>81</sup> Cfr. Thomas Aquinae, *In Duodecim Libros Metaphysicorum Aristotelis Expositio*, Proemium. Tomado de [www.corpustomisticum.org](http://www.corpustomisticum.org), el 21-IX-2015.

su parte, cumplía la función de herramienta auxiliar frente a las ciencias sociales, físicas, médicas, jurídicas, filosóficas etc<sup>82</sup>. En el presente, la paradoja no puede ser más clara: el concepto de “lo científico” ha quedado reducido a la técnica, con el correspondiente oscurecimiento de la vocación universitaria hacia la sabiduría.

Si bien no puede hablarse de una perfecta univocidad entre el concepto primigenio de Ciencia y la versión actual, nacida del pensamiento moderno, tampoco son acertados los apasionados intentos de disociar las versiones aristotélicas, salmantinas o parisinas de aquellas propuestas, siglos después, por Comte, Bacon, Hobbes, Locke o Copérnico. En todos los supuestos intelectuales sigue vigente la vocación del científico hacia el conocimiento a través de *métodos* cada vez más depurados, pero que no dejan de reducirse a un trabajo investigativo que va de lo general a lo particular y viceversa; de las causas a los efectos y de los efectos a las causas, tal como se ha escrito a estudiar los métodos científicos actuales<sup>83</sup>. El método, sin embargo, *siempre será un camino y no un destino*: lamentablemente, esta realidad resulta de difícil comprensión en el pensamiento científico reinante.

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

Esta maltratada visión sapiencial de conjunto, parece necesaria al momento de evitar que un supuesto sabio, escudado en títulos y doc-

<sup>82</sup> Agustín de Hipona llegó a afirmar, siglos antes, que *algunos filósofos (quibusdam philosophis) han dicho con verdad (verissime) que la ciencia no puede encontrarse (in nullo eam inveniri posse) más que en el sabio (nisi in sapiente)*. Tomado de su obra: *Contra los académicos*, (Madrid: Encuentro, 2009), p. 56.

<sup>83</sup> Vid. *Supra*, Cap. II.

torados —cada vez más preocupados de la forma y menos de los contenidos de investigación— *se salga de la realidad* por el engañoso y atractivo sendero de unos estudios tan específicos como empobrecedores del contexto científico global, cuando precisamente es este contexto *holístico*, el que resulta necesario para el progreso equilibrado del saber: dicho de forma alegórica, en el panorama científico actual, cada Ciencia y cada científico respiran, se alimentan y se iluminan, a secas, de la necesariamente limitada fuente de su investigación, sin tener conciencia del aire viciado que respiran, ni de la escasa sustancia de su alimento diario, ni de la pobre luz que guía sus trabajos académicos. Y para mayor paradoja, no es infrecuente descubrir a los que menos saben de un tema, dentro de los que más se empeñan en dar criterios *cuasidogmáticos* sobre materias ajenas a su limitada línea de investigación. Con el deseo, pues, de volver sobre los pasos desacertados y recuperar la sabiduría de todas las épocas —también la de nuestros días— el presente estudio no separará la visión científica de la antigüedad griega y romana, ni de su versión universitaria originaria ni de la posterior re-clasificación moderna y contemporánea.

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

No nos detendremos en el estudio —ni en las discusiones doctrinales— alrededor de las denominadas *fuentes materiales y formales del Derecho*: los manuales de Introducción al Derecho y Teoría General del

Derecho cumplen esa noble función académica<sup>84</sup>. Baste con decir, brevemente, que dentro de las primeras suele entenderse, por antonomasia, a la Ley, aunque también podría incluirse a la Jurisprudencia y a la Costumbre, en cuanto obliguen en Derecho. En cambio, dentro de las fuentes formales suelen situarse, clásicamente, a aquellas que alimentan o *dan forma* al Derecho: los Principios generales y la Doctrina jurídica.

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

En este mismo sentido, las fuentes del Derecho serán analizadas desde una perspectiva filosófica apegada al *realismo jurídico*. Consideramos que ésta es la mejor forma de no caer en complejas discusiones académicas, que no vendrían al caso: el estudio del *ser* de las cosas y su *realidad*, analizados científicamente a través de una construcción intelectual elevada, permite seguir el derrotero de la *filosofía del sentido común*. Tal camino será, según se piensa, el más acertado para lograr un acercamiento entre “investigador y persona”, al descubrir que las fuentes del Derecho necesitan, constantemente, renovarse y encontrar su noble raíz en la defensa y protección de la persona, siempre desde la óptica de la justicia: como ha escrito Agustín de Hipona, *pienso que en*

<sup>84</sup> Cfr., v. gr., Ángel Latorre, *Introducción al Estudio del Derecho*, (Barcelona: Ariel, 2004), Sección III.

*filosofía es un progreso importante tener en menos la victoria en la discusión que el hallazgo de lo justo (...)*<sup>85</sup>.

El examen al que deben someterse las fuentes del Derecho es serio: hace falta descubrir dónde se presenta una *antropología en progreso*, para poner al día las instituciones jurídicas correspondientes. Al respecto, las fuentes jurídicas serán precisamente fuentes pero también recipientes, que dan y reciben la sabiduría alcanzada por el investigador del Derecho, en aras a un conocimiento —cada vez más perfecto— de la identidad humana. Como se puede apreciar, está en juego mucho más que una renovación de procesos o la reforma superficial de antiguos cuerpos legales: se trata de descubrir, en tiempos de veloces cambios, dónde debe florecer —o reaparecer— lo más original del ser humano, como la protección al debido ejercicio de su libertad o la adecuada salvaguardia de derechos emergentes en el consiente colectivo; distinguiendo y separando lo genuino de lo espurio, los derechos de las modas, la necesidad de promulgar nuevas garantías jurídicas de las presiones sociales circunstanciales, etc. Tal como ha señalado Carl G. Jung de forma gráfica y en cierto modo hiperbólica, alguno puede decir que conoce todas las teorías y domina todas las técnicas, pero al tocar al ser humano es necesario ser, apenas, otro ser humano<sup>86</sup>.

Al igual que en el resto de las denominadas ciencias sociales, el lector debe saber, antes de seguir adelante, que la Ciencia del Derecho tiene como objeto material el estudio a la persona: *in scientiis iuridicis subiectum iuris vocabitur persona*<sup>87</sup>, entendida ésta, según definición clásica y atribuida a Bohecio, como *intellectualis naturae individua substantia*<sup>88</sup>: sustancia individual de naturaleza racional<sup>89</sup>. Por su parte, la persona, en

<sup>85</sup> Agustín de Hipona, *Contra los académicos*, cit, p. 40. La frase completa es la siguiente: *Non paruum in philosophia profectum puto, inquit, cum in comparatione recti verique inuendi contemnitur a disputate victoria.*

<sup>86</sup> Cfr. Isabel Espinel Granda, *entrevista*, 19-X-2015.

<sup>87</sup> Ludovicus Vender, *Philosophia Iuris* (Romae: Officium libri catholici, 1953), 83.

<sup>88</sup> Boethius, *De Persona et Duabus Naturis*, ii, iii, in P.L., LXIV, 1342 sqq. Tomado de: [www.perseus.tufts.edu/hopper](http://www.perseus.tufts.edu/hopper), el 5-X-2015.

<sup>89</sup> Traducción en la obra de Étienne Gilson, *El espíritu de la Filosofía Medieval*, (Madrid: Rialp, 2004), 207. Esta obra, a su vez, está traducida del francés.

cuanto *es* persona, con una naturaleza o forma de ser peculiar, es asumida por el Derecho (objeto formal) desde *las relaciones de justicia* que se generan en torno a ella, de forma individual o entendida en *societas*: conyugal, familiar, laboral, política, etc. Por tanto, el Derecho es Ciencia, y sobre el Derecho se puede elaborar investigación en toda regla.

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

### 5.1.2 El concepto de Ciencia

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

*dita vel scientifica* (conocimiento científico). Así, la delimitación que encierra la expresión *investigación científica*, podría encontrarse una vez que el *homo cercans sapientiae* (la persona en busca de la sabiduría), empieza a hacer Ciencia.

El punto de partida de la investigación científica, en todos los ámbitos del saber, se suele atribuir a Aristóteles, cuando definió a la Ciencia como un *conocimiento cierto por sus causas*<sup>90</sup>; es decir, se elabora Ciencia toda vez que, después de un estudio serio y metodológico, se encuentra una coherencia intrínseca entre las certezas a las que se ha llegado con respecto a las fuentes que han servido de base o inspiración para tales conocimientos *ciertos*: recuérdese que el mencionado pensador hizo Ciencia en ámbitos tan pragmáticos y materiales como la Biología, para terminar sus estudios en las altas esferas filosóficas de la *Metafísica* o estudio del *ser*. De esta forma, la Ciencia se vuelve objetivable y mensurable, hecho que a su vez implica, en mayor o menor medida—dependiendo de cada Ciencia y del grado de progreso en que ésta se encuentre— el acercamiento de la realidad estudiada al mundo científico y del mundo científico a la humanidad en general. En términos más coloquiales, se podría hablar de un dominio o control de la realidad a través del conocimiento; o quizá sea más apropiado definir al progreso científico como descubrimiento o desarrollo intelectual de maduración en el pensamiento, que nos acerca, por diversos caminos, a la sabiduría.

Además, debe saber el investigador que la conexión que se dará, a partir de ahora y de forma constante, entre el estudio del *ser* desde la perspectiva jurídica y el resto de las realidades concretas y plasmables en Derecho —la norma promulgada y su problematicidad, el análisis crítico de una sentencia, la necesidad de actualización jurídica de una determinada institución social etc.— se logrará a través de dos puentes del conocimiento que unen a los aspectos más filosóficos o abstractos —pero siempre necesarios— con aquellos más concretos o positivos: estos puentes son los denominados *supuestos e implicaciones de las*

<sup>90</sup> Aristóteles, *Metafísica*, 981 b, 25–30. Tomado de [www.filosofia.org](http://www.filosofia.org), el 2-IV-2014.

*ciencias*<sup>91</sup>. El primero es el supuesto ontológico sobre la existencia de un *orden racional* en el ser/obrar de la persona; mientras que el segundo es el supuesto gnoseológico sobre la *capacidad humana de conocer ese orden racional natural*<sup>92</sup>. A su vez, ambos supuestos son retroalimentados constantemente por el Derecho positivo —es un círculo de mutua implicación y enriquecimiento científico— que busca alcanzar, precisamente, un *orden racional* cada vez más justo, y que está al alcance de las posibilidades intelectuales del investigador: caso contrario no podría crear Derecho y toda posible propuesta científica sería una inútil versión aleatoria *ad infinitum*, sin una base en la realidad.

### 5.1.3 La Ciencia del Derecho: dificultades y posibilidades

Partiendo de la definición de Aristóteles, el Derecho podría considerarse una Ciencia desde sus orígenes. Los primeros científicos en ámbito jurídico, aunque no se hayan considerado a sí mismos como tales, se planteaban las preguntas más radicales sobre el sentido de *lo justo* en relación a la persona y a las instituciones sociales de la época; y todo esto con el deseo de elaborar toda una propuesta, muy bien pensada, que llegase a conclusiones concretas, racionales, *reales*, prácticas y aplicables al ciudadano de cada momento y lugar. Sus procesos metodológicos podrían desconcertar al científico actual, al descubrir la presencia de diálogos imaginarios<sup>93</sup> que van construyendo postulados sólidos y científicamente válidos: de allí nacen, precisamente, los Principios generales del Derecho, como se estudiará en su momento<sup>94</sup>. Más allá de la metodología en forma de diálogo, se trata de estudios capaces de brindar, hasta el día de hoy, construcciones científicas útiles —por su solidez jurídica y su actualidad— en torno a la *πόλις* (*Polis*) o Estado, al matrimonio, la familia, los derechos de la persona, etc. Precisamente por la importancia de tales trabajos jurídicos, sigue vigente el estudio del Derecho romano en casi todos los centros de estudios su-

<sup>91</sup> Cfr. Mariano Artigas, *Filosofía de la Ciencia*, (Pamplona: Eunsa, 1999), 250–254.

<sup>92</sup> Cfr. Mariano Artigas, *Filosofía de la Ciencia*, *cit.*, 262.

<sup>93</sup> Cfr., por ejemplo, Agustín de Hipona, *Contra los académicos*, *cit.*, pp. 29 y ss.

<sup>94</sup> *Vid. Infra*, 5.5.

periores, y la Doctrina jurídica sigue considerándose como una fuente importante del Derecho<sup>95</sup>.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo y al igual que con otras ciencias de corte humanista y social, la Ciencia jurídica se ha visto afectada por una suerte de *reduccionismo cientificista* de corte práctico que, aún hoy en día, *celebra su triunfo extraordinario*<sup>96</sup>. *El germen del pragmatismo se halla implícito en los postulados de toda Filosofía empirista. Ya Bacon afirma que es preciso concebir la ciencia como instrumento de la acción, que para mandar a la naturaleza es preciso obedecerla, y compara la mente a la mano. Para Comte, a pesar de todas sus explícitas reservas sobre la validez independiente de la ciencia, la ciencia es el instrumento de la previsión, y la previsión la condición ineludible de la acción*<sup>97</sup>. Es como si el científico posmoderno quisiera quedarse, solamente, con el silogismo categórico aristotélico, olvidando todo el resto del valioso aporte intelectual del estagirita al mundo del pensamiento<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Vid. *Infra*, 5.4.

<sup>96</sup> Joseph Ratzinger, *Introducción al Cristianismo*, (Salamanca: Ediciones Sígueme, 2005), 64. Dice Ratzinger en la misma obra: *La techné se convierte en la auténtica posibilidad y en auténtico deber del hombre. Lo que antes estaba abajo, ahora está arriba del todo*, 60.

<sup>97</sup> Joaquín Xirau, *Lo fugaz y lo eterno*, (México: Centro de estudios filosóficos de la Facultad de Filosofía y Letras, C. G. E. S. A., 1942), 75.

<sup>98</sup> Escribe más adelante el autor: *La evolución histórica de aquel problema básico (el reduccionismo del pensamiento por parte del sistema científico vigente) se divide en tres etapas fundamentales, condicionadas por la aparición de tres grandes especialidades científicas o grupos de ellas: la Matemática pura en Grecia, la Física matemática en los albores de los tiempos modernos, la Biología y la historia en tiempos actuales. Grecia abstrae de la realidad concreta que se da en la experiencia del sentido común, las relaciones espaciales puras y constituye la geometría. La Filosofía y la cultura toda se impregnan de espíritu matemático. Con ello se refuerza la aspiración especulativa que en una u otra forma corre a todo lo largo de la cultura occidental. (...) La teoría aristotélica del silogismo se halla en estricta correlación con la teoría matemática de las proporciones. Las ideas y las formas estructuran la realidad y le otorgan un sentido y una consistencia racional. El Universo en su totalidad y en cada una de sus partes, se halla perfectamente delimitado como las figuras geométricas en el espacio. Las líneas delimitan los planos, los planos precisan los sólidos. Como sólidos, planos y líneas, las realidades del mundo se estructuran y jerarquizan en una multiplicidad de substancias, cerradas, definidas y subsistentes entre sí. Para todas y cada una de ellas, realizarse es delimitarse, perfilarse, definirse, la realidad y la verdad se hallan en la limitación y la definición. Toda cosa posee un cerco, una substancia su compartimento, su lugar natural. El sistema de los géneros y de las especies y su interdependencia racional, modela, acota, circunscribe y precisa, a partir de los grandes compartimentos categoriales y mediante una retícula coherente y perdurable, sobre el plasma fluyente de la materia amorfa, la realidad permanente de la individualidad substancial. Todo lo que escapa*

La tendencia intelectual en vigor, avalada en el siglo veinte por el Círculo de Viena y puesta seriamente en entredicho por Karl Popper, aunque no haya perdido su vigencia en reconocidos círculos académicos, *ha pregonado una ciencia limitada a los fenómenos sin admitir preguntas acerca de la realidad que fueran más allá de la experiencia*<sup>99</sup>. En efecto, se ha impuesto una corriente *que intenta reducir la existencia y toda la realidad a la experiencia conocida a través del método de verificación empírica*<sup>100</sup>. Existe un paradigma de Ciencia, que trabaja como luz a las espaldas del científico actual y que podría resumirse de la siguiente forma: lo que es válido para la Geometría o las Matemáticas, también se aplica válidamente al Derecho, la Filosofía o la Psicología; y lo que no es válido para las Ciencias Exactas o Naturales, es simplemente poesía o fantasía. De allí que la Psicología haya sufrido el triste reduccionismo que la limita a una sofisticada Psicometría; y que la Antropología de las aulas necesite siempre de un calificativo –Antropología *social*, Antropología *cultural*– que la aleje de reflexiones filosóficas hasta reducirla, en el mejor de los casos, a una versión cultural o sociológica de la misma, con el temor de abordar sus dimensiones metafísicas y contristar al sistema dominante<sup>101</sup>.

Como consecuencia inmediata de esta forma de entender a la Ciencia, dentro del mundo científico actual existe un reconocimiento especial –casi exclusivo– hacia aquellas ciencias apegadas a una metodología de *corte inductivo*; es decir, aquellas que alcanzan sus resultados partiendo de una investigación que tiene su origen en datos particulares, empíricos y mensurables en un laboratorio; codificables y capaces de someterse a cálculos precisos y todo esto, en desmedro de ciencias más deductivas, que parten de realidades generales para llegar a conclusiones concretas, válidas y no menos científicas. En última instancia, el anhelo casi irreflexivo de clasificar toda la realidad ha empobre-

---

*de ella se pierde en la multiplicidad evanescente de la nada. La realidad y la razón que la informa, tienen como la geometría, una estructura completa y acabada. Ibid, pp. 20 y 21.*

<sup>99</sup> Mariano Artigas, *El desafío de la racionalidad*, (Pamplona: Eunsa, 1999), 24.

<sup>100</sup> Giovanni Reale y Dario Antiseri, *Historia del pensamiento histórico y científico, vol. 3, Del romanticismo hasta hoy*, (Barcelona: Herder, 1995), 548.

<sup>101</sup> Cfr. Jaime Baquero, “Ciencia, Filosofía y Derecho: una lectura desde la visión posmoderna”, *Actualidad Jurídica* 56 (noviembre–diciembre 2013): 7–11.

cido el horizonte científico, tornándolo inseguro de sí mismo y relativizando aquellos contenidos que se sustraigan de unos esquemas mentales prefijados por los actuales portadores de una limitada concepción de la Ciencia.

Se ha dicho que el Derecho también se ha visto afectado por esta forma *cientificista* de entender el concepto de ciencia, y su razón es sencilla. El objeto del Derecho es la justicia. Y si bien es posible —y necesario— aproximarse a una definición de justicia a través del estudio empírico de poblaciones, tribus, grupos humanos e individuos de todos los tiempos, también es necesario estudiar a la persona y su desarrollo en colectividad, desde la óptica de *lo justo* y por las vías más especulativas que ofrecen los estudios filosóficos y ontológicos del Derecho<sup>102</sup>: *el desarrollo de las ciencias positivas, por venturoso que sea, expone al hombre, y al científico del Derecho, en nuestro caso, a sufrir cierto número de “reducciones” fatales para su más fundamental especificidad. El hábito de medir nos lleva a creer que gracias al diagrama o a la estadística, el hombre ha sido, al fin, cercado, captado, conquistado (...). Con estas perspectivas exclusivas, lo que se retiene no es sino el hombre mensurable; es decir, el hombre desfigurado, caído por debajo de sí mismo y convertido en objeto. Lo que falta es la humanidad del hombre en su irreductible originalidad (...). Las ciencias del hombre sólo servirán a la humanidad si el científico tiene una aguda conciencia de los límites de sus métodos*<sup>103</sup>. Es inapropiado, pues, menospreciar *a priori* aquellos estudios —con sus respectivos métodos— que facultan al jurista el hecho de poder plantearse las razones últimas del Derecho y hacer Ciencia desde estas nobles perspectivas de un pensamiento sapiencial<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> Cfr. Jaime Baquero, “Prioridades olvidadas: el papel de la Filosofía frente al Derecho”, *Actualidad Jurídica* 60 (julio-agosto 2014): 6–10.

<sup>103</sup> Edmund Barbotin, *Humanité De l’Homme*, (Paris: Editions Aubier, 1970), 13.

<sup>104</sup> Escribe Barbotin en el prólogo de su obra: *Las desigualdades de desarrollo entre el hemisferio sur y el hemisferio norte del planeta conducen a dos tipos de alienación contrarios, pero igualmente temibles. En el hemisferio sur, un persistente estancamiento económico que priva al hombre de los medios materiales necesarios para la justa afirmación de sí mismo. En el norte, una racionalización técnica siempre creciente amenaza con asfixiar a la persona, la esclaviza a la producción y consumición de medios y le impide interrogarse sobre los fines. En aquél no se puede establecer el “cómo”; en éste, se pierde de vista el “por qué”*. *Ibid*, 12 y 13.

Para entender mejor lo expuesto hasta ahora piénsese, por ejemplo, en la posible sustentación científica de un ordenamiento jurídico basado exclusivamente en el estudio –serio– de instituciones creadas por mayorías coyunturales pero en todo caso mensurables; o en la elaboración de propuestas científicas destinadas a alcanzar un cierto grado de protección jurídica del individuo y sustentadas únicamente en prácticas sociales difundidas, por el sólo hecho de comprobar, a través de estadísticas y estudios científico-empíricos –serios también– su alto grado de difusión y arraigo. Estos parámetros podrían ser útiles para hacerse cargo de una realidad social concreta, pero de ninguna manera deberían transformarse en la base científica requerida para la fundamentación de un ordenamiento jurídico, por más científico–técnico–cualificado que haya sido un estudio. Se hace necesaria una referencia intelectual más profunda, que plantee las preguntas fundamentales en torno al sentido del ser humano, enfocándolas siempre desde el criterio de *lo justo o lo injusto*: esto también es Ciencia y precisamente esta dimensión de la Ciencia jurídica es la que permite acertar en la propuesta de los puntos imprescindibles sobre los que se edifica el Derecho<sup>105</sup>.

De no seguir el camino que se ha planteado, la garantía de *lo justo* estaría en entredicho y completamente a merced del más fuerte, el más astuto; de la ideología política de cada momento o del técnico más hábil en la elaboración de estadísticas y cálculos. La legalidad se transformaría en una cuestión de poder, y no de justicia. Se caería, según una acertada intuición del filósofo existencialista Gabriel Marcel, que en nada resulta ajena frente al utilitarismo reinante, *en la primacía del tener por encima del ser*<sup>106</sup>. La objetividad científicista puede otorgar la posesión –el “tener”– de conocimientos técnicos y sin embargo, el estudio del *ser* (objeto material del Derecho) desde la perspectiva de la *justicia* (objeto formal del Derecho) exige constantemente una ruptura de esquemas prefabricados, para abrirse a nuevas dimensiones intelectuales que involucran en primera persona al estudioso del Derecho –su “ser”– y lo llevan a garantizar, cada vez en mayor medida, los derechos

<sup>105</sup> Cfr. Jaime Baquero, *El Derecho, ¿para qué?*, 2ª ed., (Quito: Universidad de Los Hemisferios/Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 280 y ss.

<sup>106</sup> Giovanni Reale y Dario Antiseri, *Historia del pensamiento histórico y científico*, vol. 3, *Del romanticismo hasta hoy*, cit., 551.

y libertades fundamentales de todos los seres humanos: es una forma de elaborar Derecho desde el *realismo jurídico*.

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

## 5.2. La Ley

### 5.2.1. Nociones generales en torno al concepto de Ley

La legislación<sup>107</sup> ocupa el primer lugar dentro de las fuentes del Derecho. Por esta razón, a la hora de abordar el estudio del Derecho como objeto de elaboración científica, su revisión resulta primordial y anterior al resto de fuentes, en orden de prelación. Según la doctrina clásica, podría definirse a la Ley (en particular) o a la norma jurídica (en general), de la siguiente manera: *quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*<sup>108</sup>; es decir, aquella

<sup>107</sup> Es preferible utilizar la palabra “legislación” en lugar de “ley” por su contenido amplio, globalizante y porque (...) la ley es producto de la legislación. Hernán Salgado Pesantes, *Introducción al Derecho: un esbozo de Teoría General del Derecho*, (Quito: Manuales jurídicos, 2010), 111.

<sup>108</sup> Thomas Aquinae, *Summa Theologiae*, I–II, q. 90, a. 4. Tomado de: <http://www.corpusthomicum.org/sth2090.html>, el 11–VIII–2015.

ordenación racional, orientada al bien común y promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.

El primer elemento característico de la Ley es su racionalidad. Goza ésta de una armonía interna que la dota de orden, sentido en inclusive de armónica belleza, y que es el resultado de la adecuación de la mente del legislador a la realidad de las personas y las cosas objetivables el Derecho. Una realidad que abarca, tanto los aspectos más esenciales del ser humano como aquellos más circunstanciales y que necesitan ser legislados por razones de cultura, tiempo, necesidades relativamente pasajeras, etc. La Ley protege, pues, el ejercicio de unos derechos preexistentes, radicados en la naturaleza humana y que son a su vez la fuente última del *sentido de lo justo*, como señala el aforismo latino clásico: *ius quia iustum, non ius quia iussum*; es decir, la norma debe ser obedecida por su contenido intrínseco de justicia y no simplemente por un tenor literal concreto, cómodo error de un positivismo irreflexivo (hay positivismos reflexivos).

La Ley es, por tanto, *una cierta medida de lo justo*<sup>109</sup>. En estos derechos naturales o “rationales”, si bien existe un componente originario o permanente, anclado al *ser* de la persona (matar siempre será un delito; en caso de duda, la Ley debe inclinarse por la protección de la parte más débil, el trabajador merece un salario justo, todos gozamos de la misma dignidad, etc.), dichos elementos deben armonizarse con otros elementos sociales, políticos y coyunturales de cada nación y de cada época, que le dan a la Ley una forma determinada en cada lugar y tiempo, sin apartarla del *sensus rationalis* que la inspira, sino todo lo contrario: allí entra en juego, nuevamente, el pensamiento creativo del legislador, previa consulta al científico del Derecho. Como ha escrito Emmanuel Kant: *una Jurisprudencia (en sentido amplio, y no únicamente referida al poder judicial) desprovista de elementos filosóficos sería semejante a una cabeza sin seso; y nada resultaría en verdad más árido y estéril que el estudio de las normas particulares vigentes en este o aquel lugar, si de esta base empírica no*

<sup>109</sup> *Ibid.*