

LA INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO

REFLEXIONES, ALCANCES Y EPISTEMOLOGÍAS

2020



MIGUEL ANDRÉS LÓPEZ MARTÍNEZ
MARCELA PALACIO PUERTA
DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMÉNEZ
DAVID GERARDO LÓPEZ MARTÍNEZ
DANIEL FELIPE GARAVITO RINCÓN (EDITOR)

LA INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO

REFLEXIONES, ALCANCES Y EPISTEMOLOGÍAS

MIGUEL ANDRÉS LÓPEZ MARTÍNEZ
MARCELA PALACIO PUERTA
DIEGO MAURICIO HIGUERA JIMÉNEZ
DAVID GERARDO LÓPEZ MARTÍNEZ
DANIEL FELIPE GARAVITO RINCÓN (EDITOR)

2020

LA INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO,
REFLEXIONES, ALCANCES Y EPISTEMOLOGÍAS

Autores: Miguel Andrés López Martínez, Marcela Palacio Puerta, Diego Mauricio Higuera Jiménez, David Gerardo López Martínez, Daniel Felipe Garavito Rincón (Editor)

Tamaño: 17 x 24 cm 174 páginas.

Comité editorial

Fr. Álvaro José ARANGO RESTREPO, O.P.

Rector

Fr. Omar Orlando SANCHEZ SUÁREZ, O.P.

Vicerrector Académico

Fr. Héctor Mauricio VARGAS RODRÍGUEZ, O.P.

Vicerrector administrativo y Financiero

María Ximena ARIZA GARCÍA

Directora Ediciones Usta Tunja

Sandra Consuelo DÍAZ BELLO

Directora Investigación e Innovación

Juan Carlos CANOLES VÁSQUEZ

Director Centro de Recursos para el

Aprendizaje y la Investigación

Primera edición, 2022

ISBN: 978-628-7603-25-7

Corrección de Estilo:

María Ximena Ariza García

Diagramación e impresión:

Grafiboy - Cel. 310 3047541 - Tunja

Todos los derechos reservados conforme a la ley. Se permite la reproducción citando fuente. El pensamiento que se expresa en esta obra, es exclusiva responsabilidad de los autores y no compromete la ideología de la Universidad Santo Tomás.



*Ediciones Usta
Universidad Santo Tomás
2022*

*Departamento Ediciones Usta Tunja
Universidad Santo Tomás Seccional Tunja*

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982.

Contenido

Tabla de Cuadros.....	7
Tabla de Ilustraciones.....	8
1. Introducción	9
1.1. El asombro y la investigación.....	9
1.2. El preguntar y el investigar.....	11
1.3. Para evitar el <i>pasmo</i> ir a otro.....	13
1.4. El sentido de este libro.....	15
1.5. Bibliografía.....	17
2. ¿Cómo hacer problemas coherentes y preguntas claras? Reflexiones y ejercicios sobre el proyecto de investigación en Derecho.....	23
Resumen.....	23
Abstract.....	23
2.1. Introducción.....	23
2.2. Metodología.....	27
2.3. Desarrollo.....	28
2.3.1. <i>El problema de Investigación</i>	28
2.3.2. <i>La Pregunta de Investigación</i>	38
2.4. Resultados.....	44
2.4.1. <i>Priorización de víctimas a la luz del derecho internacional. Un problema</i>	44
2.4.2. <i>Proposición especulativa</i>	49
2.4.3. <i>Afirmación explicativa (explicative statement)</i>	50
2.4.4. <i>Tres preguntas</i>	51

2.5. Conclusión.....	55
2.6. Referencias.....	57
3. El Derecho de Cita en la Investigación: Colombia.....	61
Resumen.....	61
3.1. Introducción.....	62
3.2. Sumario.....	64
3.2. Metodología.....	64
3.3. Básicos del Derecho de Autor.....	65
3.4. El Desarrollo internacional del derecho de cita.....	69
3.5. El Derecho de Cita en Colombia.....	72
3.6. Sanción a la omisión de Utilización del derecho de cita en la Investigación.....	76
3.7. Conclusión.....	81
3.8. Referencias.....	83
4. Alcances de la epistemología jurídica: La relación entre la metodología de investigación y la teoría del derecho.....	85
Resumen.....	85
Introducción. El orden del discurso en la ciencia.....	85
4.1. Las diversas formas de investigación en ciencias sociales.....	88
4.1.1. <i>El problema de investigación</i>	88
4.1.2. <i>Problemas de tipo socio-empírico</i>	92
4.1.3. <i>Problemas de tipo normativista</i>	94
4.1.4. <i>Problemas de tipo propositivo, deontológico o axiológico</i>	96
4.2. Tipologías de investigación y teoría del derecho.....	98
4.2.1. <i>Sobre las escuelas en la teoría del derecho</i>	98
4.2.2. <i>Realismo. La pregunta por la eficacia</i>	100
4.2.3. <i>Positivismo. Validez y operación hipotético-deductiva</i>	102
4.2.4. <i>Naturalismo. La justicia y el permanente debería ser</i>	103

4.3.	Adecuación metodológica a la respectiva tipología.....	107
4.3.1.	<i>Adecuación metodológica.....</i>	107
4.3.2.	<i>El caso de la eficacia en las medidas de protección para el restablecimiento de derechos en el campo.....</i>	109
4.3.3.	<i>Un estudio sobre una problemática en el control de constitucionalidad, el caso de los juicios por sustitución de la Constitución.....</i>	116
4.3.4.	<i>Dos experiencias deónticas, la conceptual y la crítica-práctica.....</i>	121
4.4.	Conclusiones.....	123
4.5.	Bibliografía.....	125
5.	Problematizando la neutralidad en la investigación sociojurídica. Perspectivas desde el análisis crítico del discurso jurídico.....	131
	Resumen.....	131
5.1.	Introducción.....	132
5.2.	El posicionamiento del investigador o investigadora como fundamento metodológico y epistemológico de la investigación sociojurídica.....	135
5.2.1.	<i>La neutralidad y su legitimidad.....</i>	136
5.2.2.	<i>Alcances metodológicos y actitudinales del involucramiento del investigador.....</i>	138
5.2.3.	<i>Alcances Epistemológicos del involucramiento del investigador.....</i>	141
5.2.4.	<i>Pluriverso.....</i>	145
5.3.	Análisis del discurso jurídico en la investigación sociojurídica. Visiones desde una perspectiva crítica.....	146
5.3.1.	<i>Análisis crítico del discurso jurídico.....</i>	148
5.3.2.	<i>Aplicando el análisis crítico al discurso jurídico. ¿Qué escoger y cómo proceder?.....</i>	151
5.3.2.1.	El “qué” del discurso jurídico a analizar.....	151
5.3.2.2.	El “cómo” podría ser analizado.....	153

5.3.2.3. Analizando el discurso seleccionado.....	157
5.4. Breves comentarios sobre hallazgos de un discurso jurisprudencial.....	159
5.4.1. <i>Contribución a la retórica extractivista</i>	160
5.4.2. <i>Emergencias de un discurso post-extractivista</i>	162
5.5. Conclusiones.....	166
5.6. Referencias.....	168

Tabla de Cuadros

Cuadro 1.....	110
Cuadro 2.....	111
Cuadro 3.....	112
Cuadro 4.....	115
Cuadro 5.....	119
Cuadro 6.....	120
Cuadro 7.....	122

Tabla de Ilustraciones

Ilustración 1	95
Ilustración 2.....	96
Ilustración 3.....	113
Ilustración 4.....	114
Ilustración 5.....	115
Ilustración 6.....	117
Ilustración 7.....	118



1

Introducción

Daniel Felipe Garavito Rincón.

1.1. El asombro y la investigación

“Tanto antes como ahora, los hombres se inician en la filosofía porque se asombran; se asombraban al principio de rarezas obvias, y después, poco a poco, fueron avanzando y cuestionándose realidades menos evidentes, cómo los fenómenos de la Luna, del Sol y de las estrellas, y la génesis del universo. Aquél que no tiene explicación para algo y se asombra se reconoce ignorante al hacerlo” (Aristóteles, 2014, pág. 982b).

Los pensadores griegos comprendieron que todo acto de investigación principia en el *asombro*. Platón y Aristóteles nos permiten entender la importancia fundamental que adquiere el *asombro* en el empeño por alcanzar el entendimiento de nuestro propio ser, del otro y del mundo. Es menester, entonces, interrogar que se quiere decir con *asombro*¹ y la forma en la que éste se vincula de principio a fin con la actividad del investigador; así será posible comprender el lugar que adquieren las técnicas y las metodologías de la investigación como herramientas para intentar acceder al entendimiento de aquello que nos conmociona por su dificultad para ser explicado.

1 La voz griega θαυμάζειν ha sido traducida como asombro, admiración y por Windelband como «extravió del pensamiento en sí mismo» (Pieper, 1979, pág. 132). Ésta última forma de la traducción insiste lo suficiente en la sensación de *vértigo* y la conciencia de la ignorancia que será descrita a continuación.



Platón nos dice, en *Teeteto*, que “experimentar eso que llamamos la admiración es muy característico del filósofo. Éste y no otro, efectivamente es el origen de la filosofía” (Platón, 1988, pág. 155d1). La afirmación se da mientras se encuentra dialogando con Teeteto, -joven matemático elogiado por Teodoro- en torno a la naturaleza del saber; allí, en un momento de dificultad para acceder a la comprensión de la esencia del saber, el joven Teeteto declara: “Por los dioses, Sócrates, mi admiración es desmesurada, cuando me pongo a considerar en qué consiste realmente todo esto. Algunas veces, al pensar en ello, llego verdaderamente a sentir vértigo” (Platón, 1988, pág. 155d1).

Con esta referencia, Platón, nos permite entender el lugar que ocupa el *asombro* en la investigación desarrollada por los pensadores griegos². En primer lugar, el *asombro* principia la labor investigativa en tanto que pone de presente la dificultad para comprender un objeto que otrora resultaba familiar y lo revela en su carácter menos familiar, más inhabitual (Heidegger, 2008); se asombra aquel que pone su atención en algo que ya no resulta comprensible: Teeteto, que creía comprender cuál era la naturaleza del saber, tras las preguntas que le dirige Sócrates, reconoce su incapacidad para definir de manera precisa y suficiente el saber. En segundo lugar, el *asombro* trae consigo la aparición del *vértigo*, es decir, trae consigo la sensación de extravió y desconcierto del propio pensamiento ante su propio ser, el otro o el mundo, que otrora se creía comprendido, fijo y centrado. En

2 Es necesario aclarar que en los orígenes del pensamiento griego la distinción entre filosofía y ciencia aún no ha sido realizada con toda precisión. Aunque podemos afirmar, junto a Conrado Eggers que los griegos entenderían por filosofía “el estudio del universo como unidad y como multiplicidad: como totalidad ordenada (...); y el puesto que corresponde en esa totalidad a las diversas <<cosas>> (...) y en particular al hombre. Y también la forma en que éste debe estudiar ese mundo, con cuáles de sus órganos y con qué procedimientos.

Y llamarían <<ciencia>> a cualquier otro estudio con pretensiones de validez universal, pero sin referencia al mundo como totalidad” (Eggers Lan, 1981, págs. 22,23). Sin embargo, la referencia al lugar del asombro en los filósofos griegos cabe también para los científicos griegos; por ello, referiremos de aquí en adelante, a los *investigadores* o *pensadores griegos* para cobijar ambos modos del pensamiento.

tercer lugar, el investigador se reconoce, como consecuencia del *asombro*, ignorante frente al objeto asombroso.

Este planteamiento es recogido por Aristóteles en su libro *Metafísica*; allí, el estagirita considera que el *asombro* se extiende de las “rarezas obvias” hasta las “realidades menos evidentes” (Aristóteles, 2014, pág. 982b). El *asombro* lleva entonces, en primer lugar, al *cuestionamiento* de la realidad y, en segundo lugar, al reconocimiento de la propia ignorancia, esto es, de la propia falta. Dicho *cuestionamiento* abre la posibilidad de la aparición de la pregunta: eje esencial de todo proceso de investigación.

El *asombro* supone entonces una relación particular con el conocimiento de un objeto que se caracteriza por (i) el reconocimiento de la ignorancia del sujeto frente a lo asombroso; (ii) la aparición del cuestionamiento, esto es de la pregunta, frente al objeto que se manifiesta como difícil para asir; (iii) la posibilidad de la sensación de *vértigo* por parte del sujeto; y (iv) el descubrimiento de aquello que causa el *asombro* en su carácter menos familiar y habitual.

1.2. El preguntar y el investigar

“Quebradas las certezas precedentes e instalado, como punto imprescindible de partida, en el preguntar, el sujeto que piensa, a diferencia del interesado que no es sino el que atiende la novedad, capturado un instante para olvidarse de ella al siguiente, es el que es capaz de detenerse y permanecer en el objeto que gana su atención”
Carlos Mario González.

El *vértigo* que causa el *asombro* puede dar lugar a que el sujeto rehuya la investigación de lo que lo ha asombrado; entonces, amparado en sus opiniones o en la repetición acrítica de lo dicho en torno al objeto asombroso, el sujeto es incapaz de formular la pregunta que abrirá espacio a la investigación. “Todo preguntar es una búsqueda” (Heidegger, 2012); por ello, quien no pregunta auténticamente, deteniéndose en el objeto asombroso, no pasa, a lo sumo, de simular estar investigando.

El preguntar, siguiendo a Heidegger (2012), se encuentra guiado por aquello que busca y tiene por objetivo una doble tarea: “conocer el ente en lo que respecta al hecho de que es y a su ser-así (pág. 26) Ahora bien, la pregunta se encuentra compuesta por tres elementos fundamentales: en primer lugar, nos encontramos con lo *puesto en cuestión*, es decir, aquello que ha asombrado al investigador y que constituye el objeto de la pregunta; en segundo lugar, con lo *preguntado* cómo aquello que busca ser descubierto en el objeto asombroso; y, en tercer lugar, con lo *interrogado*, es decir, aquello a que se pregunta³.

El pensador alemán avanza en su comprensión de la búsqueda describiendo dos caracteres fundamentales de ésta: para que se convierta en una *investigación* requiere que la búsqueda determine aquello que se pregunta y lo determinado, lo acotado, debe ser elaborado bajo la forma del *concepto* (Heidegger, 2012). La búsqueda que realiza la investigación teórica es una de las maneras en la que la pregunta puede ser tanto formulada como respondida pues existen otros cauces que pueden ser recorridos por la pregunta y que habilitan, por ejemplo, para hablar de una investigación *artística*⁴.

3 “En su análisis fenomenológico del hecho mismo de preguntar, Heidegger identifica tres momentos estructurales esenciales: lo puesto en cuestión (*das Gefragte*), lo interrogado (*das Befragte*) y lo preguntado (*das Erfragte*). 1) Lo puesto en cuestión es simplemente aquello por lo que se pregunta; por ejemplo, en la pregunta «¿Cuál es tu dirección?» se pregunta por la dirección. 2) Lo preguntado, es decir, aquello que esperamos encontrar al formular la pregunta, sería en este caso el nombre de mi calle de residencia. 3) Y lo interrogado es aquello a que se pregunta, es decir, la persona a quien se pregunta, que en este caso soy yo mismo, Jesús.” (Escudero, 2016, pág. 64)

4 “La idea es que todas las sociedades tienen un fondo de naturaleza y un conjunto de fenómenos naturales y de problemas naturales que tienen que resolver, que tienen que organizar y no pueden evitar, los cuales tienen que convertir en problemas simbólicos, problemas significativos por cualquier medio. Recordemos que el hombre es simbólico e ingresa de manera forzosa en un universo simbólico, universo que en primer lugar está constituido por el lenguaje que está desarrollado de tal manera que todos los sujetos que ingresan en él se tienen que someter a una interpretación del mundo que está implícita a una clasificación del mundo, a una valoración del mundo, porque el lenguaje no es inocente, cada término no es una simple señal para distinguir algo, sino que también

La pregunta, que puede tener su origen en el *asombro*, a su vez está en la capacidad, como se vio en *Teeteto*, de instalar al sujeto en el *asombro*, con lo cual se habilita no sólo la función de *investigación* de la pregunta, sino su carácter educativo, que permite que el otro se posicione en el lugar del investigador y no únicamente en el de receptor pasivo de la información, es decir, lo compele a situarse en la posición de investigador. Sócrates, uno de los grandes educadores del mundo antiguo, hacía de la pregunta un medio tanto para indagar en torno a las opiniones de sus interlocutores como para exhortarlos a pensar por cuenta propia (Jaeger, 1957); es posible un modelo de educación centrado en la investigación⁵.

1.3. Para evitar el *pasmo* ir a otro

“Mucha erudición no enseña comprensión” (Heráclito, 22 B 40).

El *vértigo* -causado por el reconocimiento de la ignorancia, la separación del sentido común y la dificultad para asir el objeto asombroso investigado- corre el peligro de convertirse en *pasmo*, es decir, en renuncia al intento de determinar conceptualmente el objeto que ha asombrado al sujeto: atónito frente lo que se ha descubierto, el pasmado, no encuentra la forma para desenvolver la investigación, y termina por descreer de la facultad simbólica del ser humano; quien se pasma no cree que la búsqueda pueda llegar a buen término (Heidegger, 2008).

incluye una valoración. El ingreso en el lenguaje es un aspecto de la idea de que el hombre no puede en realidad someterse a lo natural, adaptarse a lo natural, realizarse en lo natural, sino pasando por la mediación de lo simbólico, de una estructura significativa; lo más natural de todo para nosotros, está inscrito en normas, en formas normativas." (Zuleta, 2010, pág. 62). El arte es una de más manifestaciones de las facultades simbólicas del ser humano y permite una genuina investigación y elaboración de los problemas cruciales del ser humano: la muerte, el amor, el conflicto, y la justicia, entre otros.

- 5 Estanislao Zuleta entiende por *educación filosófica* aquella que centra su atención en el trabajo de los problemas que compelen a cada sujeto en su particularidad y que dista del modelo de transmisión de información tan extendido en las instituciones educativas. (Zuleta, Educación y filosofía, 1995)

El *asombro* moviliza a la pregunta en la medida de que activa, ante el *vértigo*, la *esperanza*, es decir, confía en que el objeto podrá ser entendido en su “ser-así”; sólo con la esperanza de que el saber del objeto podrá ser alcanzado, sólo creyendo que la pregunta podrá ser resuelta, adquiere sentido el acto de investigar (Aquino, 1993) (Pieper, 1979). Frente a la *esperanza* que supone el *asombro* el *pasmo* se caracteriza por suponer un radical *escepticismo* en torno a la facultad del ser humano para alcanzar el saber de lo asombroso. Esta tensión entre estados de ánimo se resuelve a favor del *asombro* cuando se aprende la lección que nos deja la consideración del *pasmo*: investigar requiere de una *esperanza* templada que atienda siempre a la dificultad de su empresa pero que se resista al absoluto descreimiento frente a sus posibilidades; así cobra un lugar fundamental la referencia al otro.

Vamos al otro no para evitar el *vértigo* del pensar sino para dirigirnos mejor en nuestro propio pensamiento; así, reconocemos la *falta* que nos constituye y valoramos lo cosechado por otros que han sorteado las vicisitudes del acto investigativo: la manera en la que han atendido a las dificultades y la forma en la que han formulado y ofrecido respuestas se convierte en una enseñanza que ayuda a hacer frente al *vértigo*, y por ende, a evitar el *pasmo*. Así, el análisis de la forma en la que el otro ha procedido metodológicamente, la ubicación del referente epistemológico desde el que se han acercado al objeto, y los puertos a los que ha llegado en torno a las preguntas formuladas a un mismo fenómeno le permiten al investigador emprender la tarea con una mayor confianza. En este estos términos nos dice Carlos Villabella (2015, pág. 930):

La ciencia no obra como Penélope destejendo a cada noche lo que hizo en el día; por el contrario, trenza cada nuevo saber sobre el anterior, y elabora los nuevos conocimientos sobre los que ya existen; así, puede señalarse que la investigación científica parte indefectiblemente del conocimiento precedente, en particular de las conjeturas mejor confirmadas, y que cada investigador se “encarama en los hombros de sus antecesores para encauzar su estudio.

Sin embargo, para evitar que la referencia al otro se convierta en un mecanismo de huida ante la dificultad que acarrea el investigar, es necesario

atender activamente a las máximas del entendimiento humano de las que nos habló Kant (1991, pág. 270) y en las que insistió Estanislao Zuleta: “1° Pensar por sí mismos; 2° Pensar en el lugar de cada otro; 3° Pensar siempre de acuerdo consigo mismo”⁶.

Este ir al otro, que no implica por sí mismo comprensión, debe darse, a su vez, en el marco de un trabajo que: en primer lugar, atienda detenida y humildemente a lo formulado por el otro; en segundo lugar, lo critique e interroge en aquello que su propia razón y trabajo investigativo sobre la pregunta le indique; y en tercer lugar, se atreva a formular sus propias posiciones tanto en la forma de proceder frente al objeto investigado como en las respuestas a las que conduzca su propio camino.⁷

1.4. El sentido de este libro

El libro que el lector tiene entre sus manos recoge cuatro reflexiones en torno a la investigación en el Derecho. En primer lugar, el lector se puede encontrar con el texto titulado “¿Cómo hacer problemas coherentes y preguntas claras? Reflexiones y ejercicios sobre el proyecto de investigación en Derecho” escrito por el investigador Miguel Andrés López Martínez, en

6 Al respecto nos dice Zuleta (Zuleta & Suárez, La educación un campo de combate, 2010, pág. 209): “Los criterios mínimos del racionalismo nos los ofrece Kant, probablemente el maestro del racionalismo moderno. Son tres las exigencias racionales, según Kant. La primera, pensar por sí mismo, es decir, la exigencia de renunciar a una mentalidad pasiva que recibe sus verdades o simplemente las acepta de alguna autoridad, de alguna tradición, de algún prejuicio, sin someterlas a su propia elaboración; la segunda, ser capaz de ponerse en el punto de vista del otro, es decir, mantener por una parte el propio punto de vista pero ser capaz, por otra parte, de entrar en diálogo con los otros puntos de vista, en la perspectiva de llevar cada uno hasta sus últimas consecuencias, para ver en qué medida son coherentes consigo mismos; y la tercera, es llevar las verdades, ya conquistadas, hasta sus últimas consecuencia, es decir, que si los resultados de nuestra investigación nos conducen a la conclusión de que estamos equivocados lo aceptemos.”

7 Estos momentos requeridos para la relación con el otro, en este caso en el ámbito investigativo, son analizados por parte de Estanislao Zuleta en su comentario acerca “De las tres transformaciones del espíritu” de Nietzsche.

el que se realiza análisis en de los principales requisitos para la formulación del planteamiento del problema de investigación y la formulación de la pregunta de investigación en el campo del Derecho, reflexión que tiene alcances en otras secciones de la investigación como la formulación de los objetivos de la investigación. Aquí el análisis es enriquecido por el investigador con ejercicios sobre la aplicación de criterios de priorización en la reparación de víctimas del conflicto armado colombiano.

En segundo lugar, el lector podrá analizar la importancia del derecho de cita siguiendo la reflexión de la profesora Marcela Palacio Puerta en el texto titulado “El derecho de cita en la Investigación: Colombia”. Allí, a partir del análisis de la relación entre el derecho de cita y el régimen de propiedad intelectual, el investigador estará en la capacidad de comprender los mínimos que rigen la actividad de la citación en el caso colombiano y las implicaciones a las que puede conllevar su desconocimiento.

En tercer lugar, el lector se encontrará con el texto “Alcances de la epistemología jurídica: la relación entre la metodología de investigación y la teoría del derecho” del profesor Diego Mauricio Higuera Jiménez. En este apartado se encontrará un análisis de la tipología de la investigación en materia de ciencias sociales y de su relación con las principales escuelas del Derecho que será alimentada, en cada uno de los casos con un ejemplo capaz de orientar a cualquier investigador en Derecho en el camino de su propia investigación.

Finalmente, el lector encontrará el texto titulado “Problematizando la neutralidad en la investigación sociojurídica. Perspectivas desde el análisis crítico del discurso jurídico” donde podrá encontrar una reflexión y problematización en torno a uno de los principales supuestos de la investigación: el de la neutralidad del investigador. Para ello, David López se centrará en el ámbito de la investigación sociojurídica.

Cada uno de estos capítulos será una oportunidad para que otros investigadores, tanto aquellos que empiezan su camino en la labor investigativa como aquellos más aventajados en su desarrollo, cualifiquen sus procesos investigativos y ofrezcan, posteriormente, a otros sus propios

esfuerzos en esa tarea llena de dificultades, pero también de dichas, que constituye la búsqueda del saber. Este es el aporte que ofrecen los autores para sortear el *vértigo* de su búsqueda.

1.5. Bibliografía

- Aquino, T. D. (1993). *Suma de teología. I—II*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Aristóteles. (2014). *Metafísica*. Madrid: Alianza Editorial.
- Eggers Lan, C. (1981). Introducción General. En *Los filósofos presocráticos. I*. (págs. 9-45). Madrid: Gredos.
- Escudero, J.A. (2016). *Guía de lectura de Ser y Tiempo*. Barcelona: Herder.
- González, C. M. (1997). El pensar y la soledad. *Revista Colombiana de Psicología*, 145-151.
- Heidegger, M. (2008). *Preguntas Fundamentales de la Filosofía*. Granada: Comares.
- Heidegger, M. (2012). *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta.
- Jaeger, W. (1957). La herencia de Sócrates. En W. Jaeger, *Paideia: los ideales de la cultura griega* (págs. 389-457). México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Kant, M. (1991). *Crítica del Juicio*. México, D.F: Porrúa.
- Nietzsche, F. (2011). *Así habló Zaratustra*. Madrid: Alianza Editorial.
- Pieper, J. (1979). ¿Qué significa filosofar? En J. Pieper, *El ocio y la vida intelectual*. Madrid: Ediciones RIALP.
- Platón. (1988). Teeteto. En Platón, *Diálogos V. Parménides, Teeteto, Sofista, Politico* (págs. 139-317). Madrid: Gredos.

- Villabella Armengol, C. M. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. En W. A. Godínez Méndez, & J. H. García Peña, *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas*. (págs. 921-953). México, D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx/:https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>
- Zuleta, E., & Suárez, H. (2010). La educación un campo de combate. En E. Zuleta, L. Restrepo, R. Pérez, F. Viviescas, D. Grueso, H. Villa, . . . H. Suárez, *Conversaciones con Estanislao Zuleta* (págs. 203-236). Medellín: Hombre Nuevo Editores.
- Zuleta, E. (1995). Educación y filosofía. En E. Zuleta, *Educación y democracia. Un campo de combate* (págs. 93-119). Bogotá: Corporación Tercer Milenio y Fundación Estanislao Zuleta.
- Zuleta, E. (2009). Sobre “De las tres transformaciones del espíritu”. En E. Zuleta, *Comentarios a Así hablaba Zaratustra de Friedrich Nietzsche* (págs. 37-48). Medellín: Hombre Nuevo Editores.
- Zuleta, E. (2010). *Arte y filosofía*. Medellín: Hombre Nuevo Editores.

Biografía de los Autores

Miguel Andrés López Martínez es abogado de la Universidad Santo Tomás Tunja, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Se desempeñó como docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Tunja en asignaturas como Responsabilidad Estatal, Analítica, e Investigación Socio-Jurídica (2009-2016). Asimismo, fue docente de Fundamentos de Investigación y Derechos Humanos en la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP– en la Cetap Boyacá-Casanare (2012-2014). Desde 2017 es candidato a Doctor en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Ámsterdam desde 2017. Su trabajo de investigación doctoral se concentra en el estudio de la priorización como mecanismo de implementación del programa administrativo de reparación de víctimas del conflicto armado en Colombia, a la luz de las obligaciones internacionales existentes en esta materia para el Estado y los actores armados ilegales. Ha sido reconocido como beneficiario de la Beca Armin von Bogdandy para estancias cortas de investigación en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (2020), del reconocimiento Henri Hijmans de la Universidad de Ámsterdam (2017-2018), así como del Programa de Becas en el Exterior del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (2019) y del programa Crédito-Beca de Colfuturo (2016).

Marcela Palacio Puerta es Doctora en derecho de la American University Washington College of Law, en Washington DC; Maestra en Estudios Legales Internacionales con especialización en Propiedad Intelectual Internacional y Comparada de la misma universidad; Abogada de la Universidad Sergio Arboleda grado Magna Cum Laude. Marcela domina los idiomas inglés y español. Actualmente se desempeña como Docente-Investigadora de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Sus áreas

de experticia incluyen propiedad intelectual, nuevas tecnologías, educación, entre otras. Marcela cuenta con experiencia en academia y litigio en temas relacionados con propiedad intelectual. Docente y Conferencista en la materia. Categorizada como investigadora SENIOR de Colciencias.

Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. es abogado, Magíster en Derecho público y ciencia política de la Université Nancy 2, Doctor en Derecho con énfasis en constitucionalismo, de la Universidad Externado, es investigador senior reconocido por Colciencias en desarrollo del proyecto Legaltech y derechos humanos, docente universitario en pregrado y postgrado, conferencista en espacios nacionales e internacionales, autor de artículos y libros en materia de derecho público, derechos humanos y derecho constitucional, Conjuez del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, asesor del Tribunal de Ética Médica de Boyaca, y litigante en materia de acciones constitucionales y responsabilidad del estado.

David Gerardo López Martínez realizó estudios de Derecho en la Universidad Santo Tomás, Tunja, donde obtuvo el título de abogado en el año 2016. Luego curso estudios de maestría en el Instituto Internacional de Sociología jurídica de Oñati donde obtuvo el título de Magister en Sociología Jurídica. Ha centrado su actividad investigativa en la sociología jurídica y en especial en la lectura de discursos como el de la corte constitucional colombiana en torno al extractivismo a partir de las epistemologías del sur.

Daniel Felipe Garavito Rincón (Editor) realizó estudios de Derecho en la Universidad Santo Tomás, Tunja, donde obtuvo el título de abogado en el año 2016. Allí mismo le fue otorgado el título de especialista en Derecho Penal y Procesal Penal en el año 2017 y de Magister en Derecho Penal y Procesal Penal en el año 2019. Desde el año 2017 se desempeña como docente en la Universidad Santo Tomás, y desde el año 2018 ha sido director del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas. A su vez, es miembro de la Fundación Cultural Entrelineas organización dedicada al fomento de la educación popular y el pensamiento crítico en la ciudad de Tunja.

Resumen de la obra: El libro que el lector tiene entre sus manos recoge cuatro reflexiones en torno a la investigación en el Derecho. En primer lugar, el lector se puede encontrar con el texto titulado “¿Cómo hacer problemas coherentes y preguntas claras? Reflexiones y ejercicios sobre el proyecto de investigación en Derecho” escrito por el investigador Miguel Andrés López Martínez, en el que se realiza análisis en de los principales requisitos para la formulación del planteamiento del problema de investigación y la formulación de la pregunta de investigación en el campo del Derecho, reflexión que tiene alcances en otras secciones de la investigación como la formulación de los objetivos de la investigación. Aquí el análisis es enriquecido por el investigador con ejercicios sobre la aplicación de criterios de priorización en la reparación de víctimas del conflicto armado colombiano.

En segundo lugar, el lector podrá analizar la importancia del derecho de cita siguiendo la reflexión de la profesora Marcela Palacio Puerta en el texto titulado “El derecho de cita en la Investigación: Colombia”. Allí, a partir del análisis de la relación entre el derecho de cita y el régimen de propiedad intelectual, el investigador estará en la capacidad de comprender los mínimos que rigen la actividad de la citación en el caso colombiano y las implicaciones a las que puede conllevar su desconocimiento.

En tercer lugar, el lector se encontrará con el texto “Alcances de la epistemología jurídica: la relación entre la metodología de investigación y la teoría del derecho” del profesor Diego Mauricio Higuera Jiménez. En este apartado se encontrará un análisis de la tipología de la investigación en materia de ciencias sociales y de su relación con las principales escuelas del Derecho que será alimentada, en cada uno de los casos con un ejemplo capaz de orientar a cualquier investigador en Derecho en el camino de su propia investigación.

En cuarto lugar, el lector podrá acercarse a un campo de investigación específico: el del bioderecho. Allí, en el texto titulado “Concepciones y epistemologías del bioderecho” escrito por el profesor Erick Valdés, investigador reconocido internacionalmente por sus aportes a este campo de estudio, el lector se encontrará con una reflexión sobre las principales

dificultades epistemológicas y teóricas de las diferentes escuelas que han errado al considerar el bioderecho como un fenómeno intrínsecamente relacionado a la bioética.

Finalmente, el lector encontrará el texto titulado “Problematizando la neutralidad en la investigación sociojurídica. Perspectivas desde el análisis crítico del discurso jurídico” donde podrá encontrar una reflexión y problematización en torno a uno de los principales supuestos de la investigación: el de la neutralidad del investigador. Para ello, David López se centrará en el ámbito de la investigación sociojurídica.

Cada uno de estos capítulos será una oportunidad para que otros investigadores, tanto aquellos que empiezan su camino en la labor investigativa como aquellos más aventajados en su desarrollo, cualifiquen sus procesos investigativos y ofrezcan, posteriormente, a otros sus propios esfuerzos en esa tarea llena de dificultades, pero también de dichas, que constituye la búsqueda del saber.



2

¿Cómo hacer problemas coherentes y preguntas claras? Reflexiones y ejercicios sobre el proyecto de investigación en Derecho

Miguel Andrés López Martínez

Resumen

El propósito de este escrito es brindar algunas respuestas a la pregunta sobre *cómo hacer* para que un proyecto de investigación presente de manera clara y coherente el problema y la pregunta que guiarán al investigador. Tomando algunos insumos de trabajos desarrollados por expertos en investigación cualitativa, concretamente los de Ronald Jacobs (2013), Sonja Foss y William Waters (2016), se encontró que el planteamiento del problema puede ser más preciso cuando se identifica un escenario problemático y se formula su descripción siguiendo la estructura de un enunciado condicional (de la estructura si... entonces) compuesto de tres proposiciones y una explicación del propósito que tendrá el estudio. Dicho enunciado permite identificar, primero, un acuerdo generalizado existente sobre una realidad (proposición principal); segundo, ciertas condiciones que ponen en duda tales acuerdos (proposición de interacción); y tercero, el vacío o contradicción subyacente a los dos primeros elementos frente al cual se planea contribuir (proposición especulativa). Finalmente, la afirmación sobre el propósito de la investigación indica la forma en que se abordará la contradicción y permite matizar el alcance del trabajo (afirmación



explicativa). A la pregunta sobre cómo hacer preguntas de investigación se respondió identificando seis criterios de coherencia: que sea precisa, reconocible en los datos, que indique su contribución teórica, que trascienda a los datos y al nivel de conocimiento previo del investigador, así como que de paso a resultados complejos. Con el ánimo de evidenciar la utilidad de estos criterios, se presentan ejercicios de construcción y evaluación de un problema y tres preguntas de investigación sobre la aplicación de criterios de priorización en la reparación de víctimas del conflicto armado colombiano.

Abstract

The purpose is to answer the *how to do* questions regarding the problem statement and the research question. From qualitative research experts' findings (Jacobs, 2013; Foss & Waters, 2016), a fourfold structure of propositions can be developed to sharpen the logic of problem statements on the one hand. Thus, it is possible to identify knowledge gaps by stating first, a *principal proposition* on facts generally accepted; second, an *interacting proposition* that serves to cast doubt on the principal one; third, the *speculative proposition*, which suggests the contradiction; and finally, an *explicative statement*, which points the overarching research purpose and shows how the gap will be bridged. On the other hand, six criteria can be of help in assessing research questions, to wit, its accuracy, to accomplish recognisability, contribution to theoretical constructs, and transcendence of data and the previous researcher's knowledge, as well as its robustness. In seeking to test the validity and relevance of such criteria, one problem statement and three research questions were put forward about prioritization for reparation of victims of the Colombian armed conflict.

2.1. Introducción

El oficio de quien se dedica a la investigación científica consiste en aportar conocimiento sobre los problemas que enfrenta una sociedad en un tiempo y espacio determinados. Su tarea brinda la comprensión necesaria para

emprender acciones que corrijan tales problemas (Booth, Colomb, Williams, Bizup, & FitzGerald, 2016, pág. 20). Se trata entonces de un proceso que implica responder preguntas inspiradas en problemas, mediante la búsqueda, organización y análisis coherente de datos o fenómenos. En el lenguaje especializado, estas etapas se planean y plasman en un documento que recibe el nombre de *proyecto de investigación*. Los proyectos son pues la fotografía del conjunto de ideas que tienen los investigadores sobre un problema y la forma en que pretenden aportar conocimiento para resolverlo (Mendizábal, 2006). Dos componentes son esenciales en esta fotografía: la descripción o planteamiento del problema y la pregunta que orienta la investigación. Esto por cuanto expresan la misión central del investigador y las razones que justifican su esfuerzo.

Investigar en el campo del derecho no es muy distinto a hacerlo en otras disciplinas, si se tiene en cuenta que de dichos trabajos se espera una contribución a la comprensión de los conflictos que surgen con la creación y aplicación de normas jurídicas. Aunque se pueda afirmar que los juristas tenemos problemas y métodos que le son propios al Derecho (Chynoweth, 2008), compartimos con otras disciplinas el lenguaje de la investigación, por lo que los proyectos de investigación no nos resultan ajenos, como tampoco lo son sus componentes básicos de descripción del problema y pregunta de investigación (Webley, 2010). Por lo tanto, las exigencias de rigor científico que se hacen a la hora de evaluar estos documentos también se pueden hacer frente a las propuestas de investigación en Derecho.

Colciencias, por ejemplo, hace un llamado general a los grupos y centros de investigación en este sentido. Con la preocupación de promover la generación de proyectos que satisfagan las “necesidades reales identificadas de conocimiento e innovación”, la máxima autoridad para la gestión de ciencia y tecnología en Colombia ofreció unos lineamientos básicos para la formulación de propuestas de investigación que también son pertinentes para las que se hacen en las facultades de Derecho (Colciencias, 2016, pág. 4). En el mismo sentido, con la idea de financiar mediante beneficios tributarios iniciativas de investigación, tecnología e innovación, el Consejo Nacional de Beneficios Tributarios en Ciencia, Tecnología e Innovación

trazó unas pautas generales para la formulación de proyectos de investigación científica que dan luces sobre cómo presentar el diseño metodológico de una propuesta de investigación. Para lo que nos interesa, dicho Consejo precisó la necesidad de plantear el problema en los siguientes términos:

El planteamiento del problema permite identificar la necesidad de realizar el estudio y debe ser formulado de manera clara y concreta permitiendo identificar la pregunta o hipótesis que se quiere responder, cuya solución o entendimiento contribuirá con el avance de la ciencia y la generación de nuevo conocimiento.

La definición del problema es una de las fases más complicadas al momento de formular un proyecto de cualquier tipo, dado que debe definir en qué consiste el problema de manera amplia, delimitarlo, y analizar si merece la pena realizar un proyecto para resolverlo. Para los proyectos de investigación científica deberá evidenciarse que existe un vacío en el conocimiento de un tema o para la materialización de una solución para el caso de desarrollo experimental.

Para esta etapa es necesario revisar los antecedentes e importancia del tema a investigar, los estudios previos realizados a nivel nacional e internacional y la forma como el desarrollo de la presente investigación aportará un nuevo conocimiento o permitirá la materialización del conocimiento en un bien o servicio a futuro que satisfaga una necesidad. (Consejo Nacional de beneficios tributarios en ciencia, tecnología e innovación., 2017, pág. 16)

En pocas palabras, se espera que un proyecto exprese con claridad y precisión cuál es el vacío en el conocimiento o en la práctica que suscita el esfuerzo de aportar nuevo conocimiento. Aunque estas indicaciones parecen suficientes, no resuelven del todo la dificultad a la que muchos investigadores nos enfrentamos a la hora de seguir las al redactar el documento del proyecto de investigación, porque dejan abiertas muchas preguntas sobre el *cómo hacer*. ¿Cómo podemos ser precisos a la hora de describir un problema? ¿Cómo se evidencia un vacío en el conocimiento?

¿De qué manera se debe formular una pregunta de investigación para que se evidencie la necesidad de responderla? Este trabajo pretende aportar algunas reflexiones alrededor de estas cuestiones.

2.2. Metodología

El presente trabajo busca aportar algunos elementos para la construcción y evaluación de problemas y preguntas de investigación en Derecho, tomando algunos insumos de trabajos desarrollados por expertos en investigación cualitativa, concretamente los de Ronald Jacobs (2013), Sonja Foss y William Waters (2016). La razón de esta selección es que sus contribuciones sobre formulación de proyectos de investigación aportan elementos que no riñen con los acuerdos establecidos para hacer investigación en Derecho. En este orden, se trata de ideas sobre el uso del lenguaje y la lógica que pueden nutrir significativamente el trabajo de los juristas incluso cuando éstos hacen uso de recursos argumentativos más tradicionales como la estructura silogística y el argumento de autoridad.

Esta no pretende ser una contribución al estudio de los métodos de investigación empleados en Derecho, sino más bien un ejercicio práctico de formulación y evaluación a la luz de algunos criterios de consistencia lógica en el uso del lenguaje. En este sentido, la primera parte del escrito presenta tales criterios, mientras que en la segunda se aplican a algunos ejercicios prácticos de planteamiento del problema y formulación de preguntas de investigación. Se consideran prácticos, por cuanto reflejan el proceso de pensamiento que el autor ha seguido en el proceso de construcción de su propuesta de investigación doctoral. En otras palabras, no se trata de una simulación, sino del registro de una discusión alrededor del problema y la pregunta de un proyecto de investigación que se viene desarrollando dentro del programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ámsterdam.

2.3. Desarrollo

Problema y pregunta de investigación son dos elementos del diseño que definen el alcance y tipo de aporte que podrá hacer la investigación. Esta sección presenta algunos criterios para su construcción y evaluación en términos de claridad y coherencia. Al abordar el problema de investigación se hacen algunas observaciones sobre los escenarios en los que pueden plantearse, y luego se sugiere una estructura de proposiciones sobre la cual puede redactarse de manera coherente. Para aproximarse a la pregunta de investigación se presentan algunas de las características que pueden llevar al investigador a un proceso más ordenado de recolección y análisis de datos.

2.3.1. *El problema de Investigación*

Los problemas dignos de un esfuerzo ordenado y riguroso de búsqueda y análisis de información pueden ser realidades que cuestionan nuestro repertorio de explicaciones al no poderse resolver a partir de las ideas que la sociedad ha construido (Kuhn, 2004, págs. 102-140). Podemos tener problemas que involucran partes de nuestra realidad material o de nuestra realidad imaginada. Los primeros, también llamados *prácticos*, exigen una acción para solucionarlos. Se puede tratar entonces de situaciones en las que una necesidad humana o ambiental no se ha satisfecho aún, como los innumerables casos de afectación de los derechos a la alimentación y salud de la población venezolana por cuenta de la crisis económica en ese país (Human Rights Council, 2019). Los segundos, o *conceptuales*, requieren comprender algo que no resulta claro, como cuando estamos ante un conflicto de interpretaciones sobre el significado de un concepto o una norma. Dentro de este grupo cabría, por ejemplo, la cuestión sobre la delimitación del concepto de reparación, especialmente cuando se necesita saber si los descendientes de las comunidades indígenas y negras de América tienen hoy algún derecho a reclamar por los daños causados a sus ancestros con la usurpación de tierras y la esclavitud (Thompson, 2002). La relación entre ambos tipos de problemas es estrecha pues a veces se requiere primero el conocimiento para emprender una acción, pero también es posible que

sólo mediante las acciones se valide la comprensión que tenemos de un fenómeno. (Booth, Colomb, Williams, Bizup, & FitzGerald, 2016, págs. 50-52).

Dentro de este marco, existen algunos escenarios en los que podría plantearse un problema de investigación. Uno de ellos es la llamada excepción o contradicción que se presenta cuando nos enfrentamos a un evento que no encaja dentro de las explicaciones generalmente aceptadas para abordarlo. Dichos casos suscitan discusiones alrededor del alcance de las teorías preexistentes y su capacidad para explicarlos (Jacobs, 2013, pág. 107). La Corte Constitucional nos ofreció ejemplos formidables de sentencias que constituyeron una excepción al conocimiento establecido sobre los efectos de las sentencias de tutela y el rol de los tribunales constitucionales frente al diseño de políticas públicas. En efecto, esta corte concedió tutelas cuyos efectos se extendieron a personas que no fueron inicialmente partes del conflicto, pero cuyos derechos se pusieron en riesgo. Además, tomó parte activa en el re-diseño de políticas públicas (López, Bateman, Vengoechea, & López, 2009). Así, la Corte profirió fallos en los que declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional por la violación masiva de derechos fundamentales de la población en situación de desplazamiento forzado, atribuible a fallas estructurales por parte de las autoridades estatales, alejándose de la comprensión original de los efectos de un fallo de tutela como un conflicto particular de violación de derechos constitucionales (Rodríguez & Rodríguez, 2010).

El hallazgo de un vacío en el estado actual de conocimiento es otra oportunidad para plantear un problema. Aunque resulta difícil imaginar que exista un tema que no se haya abordado al menos parcial o indirectamente, es posible identificar algunos frente a los cuales no tenemos una explicación convincente, o apenas contamos con algunas respuestas provisionales (Jacobs, 2013, pág. 108). El uso de la tecnología y los avances en telecomunicaciones suscitan muchas de estas inquietudes. Por ejemplo, las nuevas tendencias de la guerra a través de mecanismos de inteligencia artificial despiertan inquietudes sobre el alcance y significado de las reglas

del derecho internacional humanitario. Así, por ejemplo, el uso de armas que operan sofisticados software de manera autónoma despierta inquietudes sobre el futuro de los principios del derecho humanitario y la responsabilidad de los combatientes: ¿Quién debería ser considerado responsable por las infracciones al DIH cometidas por máquinas en una guerra en la que los seres humanos apenas intervienen programándolas? (Bhuta, Beck, & Geiß, 2016).

Las conductas conflictivas suelen ser otro escenario problemático. Se presenta en aquellas ocasiones en las que los comportamientos de las personas o grupos sociales no corresponden con su nivel de conocimiento de las reglas que los regulan, o con los efectos esperados de su aplicación. Los trabajos que abordan este tipo de problemas suelen recurrir a métodos de recolección y análisis propios de otras disciplinas como la sociología o la antropología. En este ámbito se pueden ubicar las investigaciones desarrolladas alrededor del fenómeno del incumplimiento de normas. Mauricio García Villegas (2017) (2010), por ejemplo, ha dirigido varias investigaciones sobre la cultura del incumplimiento de normas en Colombia, empleando métodos de análisis cualitativo y cuantitativo de datos. Sus conclusiones y hallazgos han permitido crear una imagen de las diferentes justificaciones que ofrecen quienes incumplen normas y preceptos morales y de la relación existente entre dichas actitudes y la calidad de las instituciones que las regulan.

Los problemas también pueden surgir sobre los métodos empleados para estudiar, o incluso crear, el derecho. En el primer caso, el investigador encuentra que los acuerdos establecidos para el estudio de las normas y la construcción de argumentos jurídicos resultan insuficientes o arrojan resultados ambiguos. Tal es el caso de las normas de citación de fuentes bibliográficas, que a veces se quedan cortas para abordar la gran diversidad de fuentes que se emplean en Derecho. Muchos investigadores han pasado dificultades a la hora de aplicar las normas de la *American Psychological Association (APA)* en la citación de sus fuentes, pues se trata de convenciones concebidas para trabajos desarrollados en el campo de la

sicología y no ofrecen soluciones convincentes a la hora de citar sentencias o actos administrativos. Este tipo de escenario problemático fue el que motivó al equipo de investigación dirigido por Diego Eduardo López Medina a formular una serie de reglas de citación que se adaptaran al quehacer jurídico (López, Amaya, Beltrán, González, & Slebi, 2009). En el segundo caso, el de los problemas sobre la creación del Derecho, resultan bien ilustrativos los trabajos del profesor López Medina sobre el papel de la jurisprudencia constitucional como fuente principal de derecho constitucional en Colombia. En *El Derecho de Los Jueces*, se aborda, entre otros, un problema metodológico relacionado con la forma en que la Corte Constitucional justifica sus decisiones y propone una serie de conceptos y mecanismos para hacer más clara la lectura de fallos y sub-reglas en materia de protección de derechos fundamentales (López D., 2009).

Las discrepancias teóricas suelen ser el caldo de cultivo de investigaciones filosófico-jurídicas. En este caso, un fenómeno puede llegar a ser descrito y explicado a partir de dos o más marcos teóricos, ofreciendo cada uno resultados lógicos pero contrarios. El problema entonces puede consistir en explorar el poder explicativo de cada teoría o su contraste. Así lo hizo con claridad César Rodríguez al rastrear el debate surgido entre Hart y Dworkin frente a temas de gran envergadura como la naturaleza de las normas jurídicas, su aplicación en casos en los que puede existir más de una solución razonable, y el poder discrecional de los jueces al momento de tomar una decisión en este tipo de casos llamados *difíciles*. Rodríguez reconstruyó una discusión en la que se pusieron a prueba dos paradigmas con profundas implicaciones en la práctica del Derecho. De un lado (Hart), el que concibe al Derecho como un conjunto de reglas cuya validez no depende de preceptos morales, y que deja abierta la posibilidad de que los jueces actúen con discrecionalidad en aquellos casos en los que las normas, a veces configuradas con un lenguaje impreciso, ofrecen varias posibilidades de solución. Del otro lado (Dworkin), se presentó aquella perspectiva del Derecho que lo concibe como un conjunto de reglas justificadas en principios que no están tajantemente separados de la moral, por lo que los jueces no cuentan con tanta discrecionalidad a la hora de decidir casos en los

que dos o más normas contrarias resultan aplicables. (Rodríguez, La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin., 1997)

En el marco de estos escenarios se debe plasmar con claridad aquello que consideramos un problema. Es decir, buena parte del trabajo de un investigador está no solo en encontrar esa parcela de la realidad que resulta *anómala* (Kuhn, 2004), sino en saber comunicar esa percepción de perplejidad y justificar la necesidad de comprometer tiempo y energía en el estudio de dicha anomalía. Por esta razón, resulta importante la descripción del problema, o lo que en muchos manuales y convocatorias de proyectos se denomina *planteamiento del problema* (Consejo Nacional de beneficios tributarios en ciencia, tecnología e innovación, 2017).

La descripción del problema implica formular una contradicción (bien sea entre una parcela de la realidad material o frente a parcelas de nuestra realidad imaginaria) en términos claros y lógicos. Lo primero se puede lograr mediante el uso de un lenguaje sencillo y coherente. Lo segundo, que nos concierne más en este trabajo, se puede alcanzar mediante el uso racional de proposiciones. En estos términos, describir el problema implica plantear una serie de enunciados que evidencien la contradicción que el investigador ha identificado. No sobra advertir que también es necesario soportar cada componente del problema en datos u observaciones aportadas por quien investiga. La estructura del problema consta entonces de cuatro proposiciones que explicaremos a continuación: principal, de interacción, especulativa, y la afirmación explicativa (Jacobs, 2013).⁸

8 Los términos enunciado y proposición son empleados aquí como sinónimos, aunque para algunos expertos existen algunas diferencias. Se ha entendido que los enunciados son “secuencias de sonidos o letras” que expresan algo acerca del mundo, mientras que las proposiciones son aquello que se expresa del mundo. Así, varios enunciados pueden expresar una misma proposición, como cuando se afirma: (1) El sol se oculta a la siete, o (2) la noche comienza a las siete. También es posible que un solo enunciado afirme varias proposiciones cuando éste se afirma frente a contextos diferentes. Por ejemplo, no es lo mismo decir “descansó en paz” cuando uno se refiere a una persona que acaba de fallecer, que cuando se afirma frente a otra que pudo dormir placenteramente después de una jornada larga y agitada. (Allwood, Dahl, & Andersson, 1981, págs. 31-33)

La *proposición principal* (*principal proposition*) presenta información que se tiene por cierta o generalmente aceptada. Es necesario indicar los datos o hallazgos que evidencien este nivel de aceptación (Jacobs, 2013, pág. 109; Foss & Waters, 2016, pág. 36). En el caso de las investigaciones en Derecho se puede aludir a aquellas normas o fuentes jurídicas que sustentan la proposición, por ejemplo:

Todas las personas que han sido afectadas en sus derechos por cuenta del conflicto armado en Colombia ostentan la condición de víctimas y tienen derecho a recibir reparación proporcional al daño causado. Así se deduce de las normas constitucionales contenidas en los artículos 2, 22 y 90, así como de las legales como las enunciadas en el artículo 3 de la ley 1448 de 2011.

La *proposición de interacción -o de contraste-* (*interacting proposition*), pone en duda el contenido del primer componente. En este punto se puede plantear cualquiera de los escenarios problemáticos a los que nos referimos más arriba, presentando evidencia que refleje que la proposición principal no aplica en ciertos casos, es falsa o parcialmente verdadera. Así por ejemplo, puede indicarse que existe un caso, grupo, o persona que se comporta de una manera distinta a la que se describe o predice en la proposición principal. Puede tratarse de una teoría contraria que sugiere una explicación plausible a un fenómeno que ya había objeto de otras teorías frente a las que existía un acuerdo generalizado en la comunidad académica (Jacobs, 2013, pág. 110; Foss & Waters, 2016, pág. 37). Usualmente, se emplean conectores de contraste entre los dos primeros componentes (sin embargo, aunque, no obstante, a pesar de) y luego se enuncia la anormalidad. En nuestro ejemplo, la segunda proposición podría ser:

Sin embargo, las personas afectadas por el conflicto armado en hechos ocurridos antes del 1 de enero de 1985 no tienen derecho a recibir indemnización por concepto de reparación. De acuerdo con el artículo 3-parágrafo 4 de la ley 1448 de 2011 y la sentencia de la Corte Constitucional C-250 de 2012 (fundamento 9.1), solamente podrán recibir medidas simbólicas y colectivas de reparación.

Si todas las personas que han sido afectadas en sus derechos por cuenta del conflicto armado en Colombia ostentan la condición de víctimas y tienen derecho a recibir reparación proporcional al daño causado, *pero* las personas afectadas en hechos ocurridos antes del 1 de enero de 1985 no tienen derecho a recibir indemnización por concepto de reparación, *entonces* no es clara la definición de quién debe ser considerado víctima del conflicto y cuáles son sus derechos en materia de reparación en el ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente, la *afirmación explicativa* (*explicative statement*) indica cómo se abordará el vacío o contradicción, es decir, qué tipo de acciones se emprenderán para resolverla. Es relevante anotar que es posible optar entre diferentes cursos de acción, a saber, el de investigación, el de desarrollo, y el de evaluación (Jacobs, 2013). Aunque el propósito de este trabajo se centra en el primero, no sobra acotar brevemente el sentido de cada una de estas opciones.

El camino de la *investigación* científica implica un esfuerzo de recolección y análisis de datos con el propósito principal de ayudarle a una comunidad de investigadores a encontrar respuestas plausibles a problemas relevantes para un campo del conocimiento. De ahí que el aporte que se puede hacer desde este tipo de acciones se limita mayormente al de facilitar la comprensión de fenómenos anómalos o conflictos teóricos. El *desarrollo* como canal de acción profesional implica la generación de soluciones concretas a los problemas. Puede reflejarse en la elaboración de objetos o artefactos, el diseño de procesos, manuales, o criterios para evaluar el desempeño de las acciones propuestas como solución. Finalmente, el camino de la *evaluación* consiste, como su nombre lo indica, en el estudio de los resultados de una acción o proceso específicos, como, por ejemplo, de una política pública. Aunque la distinción no debe ser un obstáculo en el planteamiento del problema, resulta necesaria a la hora de delimitar las expectativas y el alcance del trabajo del investigador y de su comunidad de lectores (Jacobs, 2013, pág. 117; Booth, Colomb, Williams, Bizup, & FitzGerald, 2016, págs. 16-25).

En la estructura de enunciado condicional compuesto que proponemos, la afirmación explicativa vendría a ser un enunciado independiente:

Si todas las personas que han sido afectadas en sus derechos por cuenta del conflicto armado en Colombia ostentan la condición de víctimas y tienen derecho a recibir reparación proporcional al daño causado, *pero* las personas afectadas en hechos ocurridos antes del 1 de enero de 1985 no tienen derecho a recibir indemnización por concepto de reparación, *entonces* no es clara la definición de quién debe ser considerado víctima del conflicto y cuáles son sus derechos en materia de reparación en el ordenamiento jurídico colombiano.

El propósito de la investigación es averiguar cuál es el significado jurídico de víctima y el contenido sus derechos a la luz del derecho internacional.

En el ejemplo se podrían indicar otros propósitos relacionados con otros cursos de acción profesional. Si lo planteáramos desde el desarrollo, el objetivo de la investigación sería plantear una definición de víctima que permitiera resolver la contradicción. Si lo hiciéramos desde la evaluación, se podría indicar que la investigación persigue evaluar o revisar cuál ha sido el impacto de la aplicación del concepto legal de víctima en términos de personas excluidas del pago de indemnizaciones. Nótese que en estos dos últimos casos las proposiciones principal, de interacción y especulativa deberían también plantearse en la misma línea de acción.

Así, si la investigación se propusiera para generar una solución práctica, el enunciado condicional tendría que cambiar:

Si, a la luz de la constitución todas las personas que han sido afectadas en sus derechos por cuenta del conflicto armado en Colombia ostentan la condición de víctimas y tienen derecho a recibir reparación proporcional al daño causado, *pero, de acuerdo con la ley 1448*, las personas afectadas en hechos ocurridos antes del 1 de enero de 1985 no tienen derecho a recibir indemnización por

concepto de reparación, *entonces* existe una contradicción entre el concepto legal de víctima y su definición constitucional.

El propósito de la investigación es plantear una definición de víctima que permita resolver la contradicción.

Si la investigación se propone con miras a evaluar una acción previamente desarrollada, como por ejemplo la política pública de reparación administrativa de víctimas, entonces la estructura del problema cambiaría:

Si, a la luz de la constitución todas las personas que han sido afectadas en sus derechos por cuenta del conflicto armado en Colombia ostentan la condición de víctimas y tienen derecho a recibir reparación proporcional al daño causado, *pero, siguiendo la ley 1448*, las personas afectadas en hechos ocurridos antes del 1 de enero de 1985 no han recibido indemnización por concepto de reparación, *entonces* existe una limitación en la aplicación del concepto de víctima y sus derechos.

El propósito de la investigación es evaluar cuál ha sido el impacto de la limitación aplicada al concepto de víctima sobre la protección de los derechos de las personas que han sido afectadas antes de 1 de enero de 1985.

Estos apuntes sobre la estructura del planteamiento del problema pueden ser de gran utilidad a la hora de pensar el problema, pero también pueden aportar ideas para la redacción de otras partes del proyecto de investigación. Así, el objetivo de la investigación puede inspirarse en la proposición especulativa y la afirmación explicativa. Asimismo, de ésta última sección pueden generarse ideas para justificar la investigación desde el punto de vista de las exigencias que hace la sociedad (cuál es el impacto esperado del hecho de conocer aquello que se desconoce), mientras que la información de soporte de la proposición especulativa da luces sobre las razones científicas que justifican el trabajo (cuál es el aporte al conocimiento existente en la materia al conocer lo que se desconoce). Con estas herramientas resulta más sencillo el camino hacia la construcción de la pregunta de investigación.

2.3.2. La Pregunta de Investigación

La pregunta de investigación es la simplificación lingüística del problema, de ahí que su contenido debe estar directamente relacionado con tal descripción. Por esta razón es recomendable primero hacer el ejercicio de pensar en el problema y luego redactar la pregunta que indicará el rumbo del resto de etapas del proceso. En esta sección se indicarán algunas características de las preguntas que sirven a su vez como criterios para su construcción y evaluación, y pueden resultar útiles en la tarea de redactar el proyecto de investigación.

En primer lugar, es necesario que la pregunta de investigación *sea precisa*, esto es, que permita conocer los límites del problema subyacente, es decir, su contenido (Qué), protagonistas (Quiénes), las circunstancias de tiempo y lugar (Cuándo y Dónde) en los que transcurre. La importancia de la pregunta radica en el hecho de que establece límites a la búsqueda y análisis de información, por lo que una pregunta formulada en términos muy amplios dificultará estas tareas. La precisión podría echarse de menos en los siguientes ejemplos:

- (1) ¿Quién es víctima?
- (2) ¿Cuáles son las consecuencias de ser víctima?

Siguiendo el ejemplo propuesto en la sección sobre el problema de investigación, podríamos delimitar mejor las aristas de estas preguntas, adicionando información:

- (1) ¿Quién es víctima del conflicto armado a la luz del ordenamiento jurídico colombiano?
- (2) ¿Cuáles son los derechos de las víctimas del conflicto de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano?

En segundo lugar, es apropiado que la pregunta sea *reconocible en los datos*, es decir, que permita identificar un *constructo teórico* que pueda ser

reconocido posteriormente en la etapa de recolección de información (Foss & Waters, 2016, pág. 40), es decir, que integre el lenguaje que se ha venido empleando en ese campo del conocimiento. Lo ideal entonces es que la pregunta se refiera con claridad a un aspecto de la realidad que ya haya sido formulado en un lenguaje familiar para otros investigadores o expertos, bien sea en forma de categorías, representaciones, o conceptos. De no ser así, la pregunta llevaría a respuestas que no podrían ser discutidas al interior de una comunidad de expertos. Sugerimos que la investigadora se pregunte: ¿puedo encontrar datos que me ayuden a “aterrizar” la respuesta a esta pregunta? (Booth, Colomb, Williams, Bizup, & FitzGerald, 2016, pág. 42).

Detengámonos brevemente en el siguiente ejemplo:

¿Cuáles son las implicaciones legales de ser víctima del conflicto armado en Colombia antes del 1 de enero de 1985?

El término “implicaciones legales” puede dar muchos trabajos a la hora de buscar una respuesta en el sinfín de fuentes jurídicas que sugieren una respuesta. Ahora, tengamos en cuenta las categorías mencionadas en la *proposición especulativa* y la *afirmación explicativa* del problema:

Si todas las personas que han sido afectadas en sus derechos por cuenta del conflicto armado en Colombia ostentan la condición de víctimas y tienen derecho a recibir reparación proporcional al daño causado, *pero* las personas afectadas en hechos ocurridos antes del 1 de enero de 1985 no tienen derecho a recibir indemnización por concepto de reparación, *entonces* no es clara la definición de quién debe ser considerado víctima del conflicto y cuáles son sus derechos en materia de reparación en el ordenamiento jurídico colombiano.

El propósito de la investigación es averiguar cuál es el significado jurídico de víctima y el contenido sus derechos a la luz del derecho internacional.

Resulta más sencillo entonces encontrar un puente entre la curiosidad del investigador y el lenguaje especializado empleado por los expertos en el tema. La siguiente pregunta reflejaría mejor los constructos teóricos:

¿Cuáles son los derechos en materia de reparación de quienes han sido víctimas del conflicto armado en Colombia antes del 1 de enero de 1985?

Tercero, la pregunta es más apropiada cuando *indica su contribución teórica* (Foss & Waters, 2016, págs. 41-42). En otras palabras, la pregunta debe sugerir qué le ocurrirá al constructo teórico una vez se logre su respuesta, por ejemplo, si se ampliará o precisará su alcance. La razón es que la investigación implica un esfuerzo por conectar de una manera razonable la información que recibimos de los fenómenos (pruebas empíricas) con las explicaciones que se les han dado (ideas) (Ragin, 2007, pág. 94), por lo que este diálogo entre práctica y teoría quedaría incompleto si nuestras preguntas solamente dieran cuenta de los datos. El rol de investigador exige pues que quien recolecta datos haga una lectura de los mismos a través de unos marcos teóricos, y sus conclusiones deben reflejarlo así.

La siguiente pregunta ofrece esta dificultad:

¿Cuáles son los derechos reconocidos por la ley 1448 en materia de reparación a quienes han sido víctimas del conflicto armado en Colombia antes del 1 de enero de 1985?

Al averiguar cuáles son estos derechos no se estaría aportando una nueva explicación al concepto de víctima o al contenido del derecho a la reparación de víctimas, pues bastaría verificar el articulado de dicha ley para encontrar que podrían acceder a ciertas medidas simbólicas. Algunas preguntas más apropiadas en este sentido serían:

- (1) ¿Cuál es el contenido del derecho a la reparación de quienes han sido víctimas del conflicto armado en Colombia antes del 1 de enero de 1985, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos?

- (2) ¿Cuál es el contenido del derecho a la reparación de quienes han sido víctimas del conflicto armado en Colombia antes del 1 de enero de 1985, desde un enfoque transformativo de la justicia?

En estos ejemplos las preguntas llevan a ampliar la categoría “contenido del derecho a la reparación” al ser estudiada desde otros marcos distintos a los que ya se tienen en el planteamiento del problema (ley de víctimas). De esta manera se amplía el poder explicativo de la respuesta que dará el investigador.

En cuarto lugar, la pregunta debe *trascender a los datos*. Esto sugiere que es mejor redactar la pregunta sin mencionar los datos que se planean usar para responderla, porque bien puede ocurrir sobre la marcha que se requieran otros, o que los iniciales no aporten la información relevante. Por eso se recomienda no confinar la pregunta a los datos particulares que el investigador planea estudiar o que le permitieron identificar el problema. Además, la idea es que la pregunta de lugar a respuestas que potencialmente puedan servirle a otros investigadores que cuentan con un problema similar, aunque con datos diferentes (Foss & Waters, 2016, pág. 40).⁹

Consideremos la siguiente formulación:

¿Cuál es el contenido del derecho a la reparación de quienes han sido víctimas del conflicto armado en Colombia antes del 1 de enero de 1985, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia?

La alusión a la “jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia” indica que la investigadora ya cuenta con un nicho de datos importante, pero esto no quiere decir que no se pueda

9 Sin embargo, algunas investigaciones abordan problemas que involucran fenómenos o aspectos de la realidad muy particulares, y en este caso resulta más apropiado incorporar los datos de la investigación en la formulación de la pregunta. Tal es el caso de las investigaciones desarrolladas en el campo de la historia. (Foss & Waters, 2016, pág. 41)

encontrar información igualmente relevante en tratados internacionales de Derechos Humanos, o en los desarrollos legales alcanzados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por lo anterior, una mejor opción de pregunta podría ser:

- (1) ¿Cuál es el contenido del derecho a la reparación de quienes han sido víctimas del conflicto armado en Colombia antes del 1 de enero de 1985, según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?
- (2) ¿Cuál es el contenido del derecho a la reparación de quienes han sido víctimas del conflicto armado en Colombia antes del 1 de enero de 1985, a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos?

Quinto, además de los datos, la pregunta *debe trascender el nivel de conocimiento previo del investigador*. En otras palabras, si la pregunta ya tiene una respuesta en la mente del investigador y por ello no le despierta ninguna sorpresa al aproximarse a los datos, entonces quizá estemos ante un reporte de información, pero no frente a una investigación (Foss & Waters, 2016, pág. 42). La ausencia del sentido de inquietud puede llevar a formular preguntas que inducen su respuesta y es recomendable evitarlo porque esto sesgaría el análisis de los datos o impediría identificar realidades distintas a las ya asumidas por el investigador.

En la pregunta que se ofrece a continuación, su redactor asume parte de la respuesta y arriesga con ello la posibilidad de encontrar escenarios distintos e interesantes:

- ¿Cuáles son las limitaciones al derecho a la reparación de quienes han sido víctimas del conflicto armado en Colombia antes del 1 de enero de 1985?

Además de saberse que el investigador ya conocía desde el planteamiento del problema que existen algunas restricciones para este grupo de personas, con su pregunta se aleja de la posibilidad de examinar otras opciones, tales

como averiguar si dichas restricciones son en realidad limitaciones a un derecho, en sentido jurídico, o si en realidad existe un derecho a la reparación en este caso. En aras de salvar estas dificultades, se podría reformular de la siguiente manera:

¿Cuál es el contenido y alcance del derecho a la reparación para quienes han sido afectados por el conflicto armado en Colombia antes del 1 de enero de 1985?

Finalmente, es ideal *que la pregunta de paso a resultados complejos (robustez)*, estos es, que su respuesta no se agote en un simple *sí o no*. Este tipo de preguntas, en principio, no invitan a una reflexión más profunda, con lo que se limita el alcance de la investigación (Foss & Waters, 2016, pág. 42). Por ejemplo, si la pregunta queda resuelta con la simple verificación de algunos eventos, entonces no es susceptible de integrar elementos más complejos de la realidad, como teorías o conceptos que construidos alrededor de tales hechos (Booth, Colomb, Williams, Bizup, & FitzGerald, 2016, pág. 42). Debe advertirse que el hecho de que una pregunta de lugar a respuestas asertivas o negativas no significa necesariamente que carezca del potencial de ofrecer resultados complejos, pues algunas de ellas pueden implicar la indagación de las razones de su solución.

Siguiendo con línea de ejemplos que venimos presentando, las siguientes preguntas carecen de robustez:

- (1) ¿Se contempla el derecho a la reparación de víctimas del conflicto armado en el ordenamiento legal colombiano?
- (2) ¿Pueden las víctimas del conflicto armado en Colombia afectadas por hechos previos al 1 de enero de 1985 reclamar la indemnización por concepto de la reparación contemplada en la ley de víctimas?

Bastaría una simple lectura de la ley 1448 para encontrar una respuesta suficiente. En cambio, esa misma lectura no bastaría para responder la siguiente inquietud:

¿Se justifica a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos la restricción al derecho a la reparación contemplada en la ley 1448 para las víctimas del conflicto afectadas por hechos previos al 1 de enero de 1985?

Hasta este punto hemos examinado algunas características de las preguntas de investigación que además sirven como criterios para la evaluación de su calidad. A continuación, intentaremos emplear estos elementos en la evaluación de una pregunta formulada en el marco de un proyecto de investigación doctoral.

2.4. Resultados

Dentro del proceso de investigación para sustentar su tesis de doctorado, este autor se permite poner a consideración de sus lectores el entramado de proposiciones e hipótesis que forman parte del problema en cuya solución desea contribuir. El trabajo que se viene adelantando tiene el siguiente título provisional: *Priorización para la Reparación de Violaciones Graves y Masivas a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Un estudio de caso sobre la implementación del marco legal de reparación de víctimas del conflicto armado en Colombia.*¹⁰

2.4.1. Priorización de víctimas a la luz del derecho internacional. Un problema

El problema de investigación se plantea alrededor de los siguientes elementos:

10 El texto completo original de la propuesta está escrito en inglés. La investigación se viene adelantando bajo la supervisión de los profesores Göran Sluiter y Liesbeth Zegveld, como parte del Programa de Doctorado en Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad de Ámsterdam.

Proposición principal. A la luz del derecho internacional, las violaciones deben ser plena y proporcionalmente reparadas.

La proposición principal se resume en los siguientes enunciados

A la luz del derecho internacional, las violaciones a los Derechos Humanos y las faltas al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el marco de un conflicto armado deben ser adecuada y proporcionalmente reparadas. Los instrumentos de derecho internacional coinciden en establecer medidas de restitución, indemnización, y rehabilitación, así como medidas de satisfacción y de no repetición.

A la luz del derecho internacional, las violaciones a los Derechos Humanos y las faltas al Derecho Internacional Humanitario (DIH) cometidas en el marco de un conflicto armado deben ser adecuada y proporcionalmente reparadas. Así, los instrumentos legales internacionales han establecido un mínimo de medidas como las de restitución, indemnización, y rehabilitación, así como las de satisfacción y de no repetición. Algunas normas de Derechos Humanos confieren el derecho a la protección judicial y la reparación, aunque empleen términos distintos, mientras que ciertas reglas de DIH fijan la responsabilidad de pagar compensación por faltas cometidas por las partes en conflicto.

En este sentido, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho a un recurso efectivo de protección de derechos en caso de ser vulnerados. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en su artículo 6, incorpora el derecho a “pedir reparación justa y adecuada por todo daño” causado. El artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes garantiza “la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible”. El artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone la obligación de implementar medidas que promuevan la recuperación física y psicológica, así como la reintegración social de los niños víctimas de violaciones a sus derechos. Más

recientemente, el artículo 24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas se refiere a la reparación como un derecho que implica compensación, restitución, y readaptación, así como la satisfacción (incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación) y garantías de no repetición. Desde el DIH, algunas normas establecen la responsabilidad de compensar cualquier daño causado por faltas contra dichas reglas. Por ejemplo, el artículo 3 de la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y el artículo 91 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. La misma regla se aplica como Derecho Internacional Humanitario consuetudinario en casos de conflictos armados sin carácter internacional. (Henckaerts, Doswald-Beck, & Alvermann, 2005, pág. regla 150).

En el contexto regional, el derecho a la reparación se contempla en la Convención Americana de Derechos Humanos y ha sido desarrollada por la Corte Interamericana al abordar casos de violaciones de derechos cometidas en el marco de conflictos armados. Según el artículo 25 de la Convención, toda persona tiene derecho a reclamar la protección de sus derechos a través de un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los tribunales o autoridades competentes. En caso de violaciones a los derechos contenidos en el Pacto de San José, la Convención confiere competencia a la Corte Interamericana para ordenar a los estados que garanticen los derechos de sus ciudadanos y reparen las consecuencias y danos que se hubieren causado (artículo 63.1). La Corte Interamericana, a su vez, ha expandido el alcance de la reparación de violaciones masivas de derechos. Además de ordenar medidas de reparación patrimonial y simbólica, este tribunal ha ordenado reparaciones colectivas y la implementación de medidas de no repetición tales como la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables. (Aloeboetoe et. al. v. Suriname (Reparations and Costs), 1993). El Comité de Derechos Humanos ha acogido esta noción amplia del derecho a la reparación al interpretar el alcance del derecho a un recurso para la protección de derechos civiles y políticos (Human Rights Committee, 2004, pág. par. 17).

Algunos Comités del Sistema de Naciones Unidas y la Corte Interamericana sugieren que la reparación es un derecho que implica obligaciones para los

estados que no pueden posponerse, ni siquiera en circunstancias de limitada capacidad económica o política. En cuanto a las restricciones económicas, se ha afirmado que las medidas de reparación deben brindarse incluso cuando los responsables carecen de recursos o capacidades para hacerlo. La interpretación del artículo 14 de la Convención contra la Tortura es un ejemplo. De acuerdo con esta regla, las víctimas de tortura y otros tratos inhumanos deben recibir “indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible”. El Comité contra la Tortura considera que esta última expresión se refiere al límite en el cual las víctimas pueden ser completamente rehabilitadas y no a la posibilidad del Estado de cubrir dicha obligación con sus recursos. En otras palabras, el nivel de desarrollo de un Estado no puede ser una justificación para retardar la reparación de las víctimas de tortura (Committee against Torture, 2012, págs. paras. 12,37). En el escenario regional, la Corte Interamericana sostiene que la obligación de reparar conlleva la de asegurar el soporte financiero de los programas que permiten la investigación y juzgamiento de las violaciones (Contreras et al v El Salvador (Merits, Reparations and costs), 2011, pág. par. 186d; Rochac Hernández et al v El Salvador (Merits, Reparations and costs), 2014, pág. par. 189d). Las consideraciones políticas tampoco pueden ser esgrimidas para restringir el derecho a la reparación. De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, aunque los acuerdos políticos entre las partes de un conflicto armado pueden estar detrás de las decisiones que se tomen en términos de reparación de víctimas, los estados deben ofrecer una debida justificación de las decisiones que tomen sobre el nivel y las formas de reparación (Office of the United Nations. High Commissioner of Human Rights, 2008, págs. 27-28).

Proposición de interacción -o de contraste-. En contextos de violaciones masivas al DIDDHH y al DIH, es necesario establecer prioridades entre víctimas y medidas de reparación.

El contraste surge alrededor de la siguiente afirmación:

En contextos de violaciones masivas al DIDDHH y al DIH, es posible establecer prioridades entre víctimas y medidas de reparación cuando los estados tienen capacidades y recursos limitados para atender las

necesidades de sus ciudadanos. La reparación debe implementarse atendiendo las particulares circunstancias de cada caso.

En contextos de violaciones masivas a los derechos humanos y el DIH, puede llegar a ser imposible cumplir la obligación de reparar completa y proporcionalmente a todas las víctimas, de ahí que sea necesario priorizar entre éstas algunas y dar prelación a ciertas medidas de reparación como la verificación y revelación pública de la verdad y la sanción de los responsables. En el marco de conflictos armados, por ejemplo, la reparación a las víctimas conlleva sacrificios porque el creciente número de víctimas y victimarios puede superar los recursos y capacidades disponibles de los estados, que son los principales responsables ante el derecho internacional. Toda vez que la reparación implica tomar decisiones sobre cómo el poder y los recursos económicos son distribuidos, los gobiernos necesitan ser flexibles a la hora de emprender tales acciones. Por lo tanto, tiene sentido que la implementación de los programas de reparación en estos casos sean un asunto principalmente doméstico. Así lo considera Naciones Unidas al evaluar el rol que cumple la comunidad internacional en el diseño y operación de medidas de justicia transicional. Así, Naciones Unidas enfatiza su papel solidario pero no sustitutivo del trabajo que deben desarrollar los estados, siendo entonces la principal tarea aquella de proveerles asistencia y asesoría técnica y legal. El Secretario General sugiere entonces que las experiencias exitosas en este campo no deben entenderse como obligatorias y que los mecanismos de justicia transicional deben ser implementados teniendo en cuenta las necesidades locales, las particulares causas de cada conflicto, y buscando atender a los grupos más vulnerables (minorías étnicas, mujeres y niños) (UN Security Council, 2004, págs. paras. 15-17; United Nations, 2010, pág. par. A(3)).

Cuando el Estado debe atender demandas masivas de reparación con recursos limitados, se ha propuesto que deben restringirse los montos, tiempos y modalidades de reparación si el cumplimiento de dichas obligaciones impone una carga excesiva que limite su capacidad de atender las necesidades del resto de la población. Schwager and Bank, por ejemplo, consideran que en estos casos las solicitudes de reparación deben ser

reconocidas, porque se derivan del derecho de las víctimas a ser protegidas en sus derechos, pero el monto debe ser limitado. Siguiendo el artículo 25 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, sugieren que el Estado podría invocar el estado de necesidad para eximirse de responsabilidad frente a la obligación de reparar cuando su cumplimiento implique la imposibilidad de proteger los derechos del resto de sus ciudadanos (Bank & Schwager, 2006, pág. 406). Aunque la Comisión de Derecho Internacional no contempla dicho caso explícitamente, sus comentarios al artículo 25 no excluyen dicha posibilidad. (International Law Commission, 2001, pág. commentary 14 to article 25).

2.4.2. *Proposición especulativa*

La proposición especulativa de nuestro problema sería la siguiente:

Si a la luz del derecho internacional, las violaciones a los Derechos Humanos y las faltas al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el marco de un conflicto armado deben ser adecuada y proporcionalmente reparadas, pero es posible establecer prioridades entre víctimas y medidas de reparación cuando los estados tienen capacidades y recursos limitados para atender las necesidades de sus ciudadanos, dadas las particulares circunstancias de cada caso, entonces no es claro si quienes tienen la obligación de reparar a las víctimas de un conflicto armado están incumpliendo obligaciones de derecho internacional en esta materia al dejar de reparar a algunas víctimas, o repararlas parcialmente, arguyendo que les resulta imposible reparar adecuada y efectivamente a todas sus víctimas.

La parte resaltada de la anterior proposición contesta a la pregunta de *qué* es aquello que resulta necesario saber. Como se dijo atrás, podría haberse planteado desde otro ángulo, por ejemplo, indicando que no es claro si el derecho internacional releva a los responsables de violaciones a los derechos humanos y el DIH de sus obligaciones frente a las víctimas cuando les resulta imposible cumplirlas. Sin embargo, existen razones de peso que justifican hacer un estudio desde la perspectiva opuesta, es decir, indagando

si en tales casos se presenta un incumplimiento del derecho en lugar de averiguar si se justifica. Es aquí donde cobra importancia la cuestión sobre *por qué* es importante llenar el vacío o superar la contradicción.

Para el ejemplo en cuestión, al saber si la priorización de víctimas y medidas de reparación implica el incumplimiento del derecho internacional, nos proponemos contribuir en la tarea de identificar los límites legales que tienen los Estados a la hora de implementar medidas de justicia transicional. Esto por cuanto los desarrollos recientes en materia de reparación de víctimas indican que los Estados tienen cada vez mayor margen de maniobra sin que sea posible controlar sus decisiones desde el ámbito internacional. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido reconociendo el derecho a la reparación de las víctimas de violaciones cometidas en el marco de conflictos armados, brindando un amplio espectro de medidas patrimoniales, simbólicas, individuales y colectivas. Sin embargo, en casos en los que los Estados han diseñado programas de reparación, este tribunal ha admitido recientemente que la implementación de sus órdenes puede hacerse en el marco de dichos programas. De esta manera, la Corte deja en manos del Estado la definición del alcance concreto de las medidas de reparación (contenido, monto, y plazos), lo que no se muestra muy favorable para la aplicación de los estándares internacionales (Sandoval, 2018).

2.4.3. Afirmación explicativa (explicative statement)

Por lo tanto, el propósito de este trabajo será estudiar los criterios de priorización de víctimas y medidas reparativas en procesos de transición de conflictos armados a la luz de las obligaciones internacionales que tienen los estados en esta materia.

Recordemos que en este punto se pueden trazar otros propósitos además del que caracteriza a la investigación científica, esto es, brindar explicaciones a preguntas o problemas relevantes para una comunidad de expertos en un campo del conocimiento. Entonces, si pensamos en un trabajo que aporte elementos para resolver problemas prácticos (investigación para el

desarrollo), sería posible plantear que el problema se formula para diseñar un test de legalidad con miras a aplicarlo en la implementación y evaluación de la política pública de reparación de víctimas del conflicto. Por poner otro ejemplo, podríamos indicar que el propósito del proyecto es hacer una evaluación (investigación para la evaluación) de la implementación de dicha política, dejando algunas recomendaciones para superar las fallas que se logren identificar.

Dentro del marco del problema planteado, proponemos tres preguntas de investigación para evaluar los criterios que definen su viabilidad. Los tres ejemplos son fruto de la reflexión del autor en la construcción del marco metodológico de su tesis de doctorado.

2.4.4. Tres preguntas

La primera propuesta para ejercitar la habilidad de evaluar preguntas de investigación es la siguiente:

- (1) ¿Hasta qué punto y cómo contribuye el derecho internacional a cerrar la brecha entre lo que es deseable y lo que es posible en materia de reparación a las víctimas del conflicto armado?

En primer lugar, se trata de dos preguntas (hasta qué punto y cómo) cuyos límites no están definidos con claridad en términos de las circunstancias de tiempo y lugar en las que se enmarca el problema. Aunque estos interrogantes se enfocan en el derecho internacional y la reparación a víctimas del conflicto armado, intentar una respuesta puede ser una tarea casi imposible para un solo investigador si se tiene en cuenta que sus recursos y tiempo son limitados. Los contornos de esta pregunta implicarían una exploración de todos los conflictos armados existentes en el mundo, a la luz de todas las normas, casos judiciales y demás desarrollos legales existentes en la materia en el ámbito internacional. Lo anterior sin olvidar que estaríamos ante una búsqueda infinita de fuentes porque tampoco es claro si el trabajo se concentra en los avances más recientes del derecho

internacional. De manera que es necesario delimitar la pregunta para que se pueda cumplir con un trabajo realizable.

En segundo lugar, ¿podríamos encontrar datos que nos ayuden a responder estas preguntas de manera precisa? La respuesta, en principio es que no. Veamos, la pregunta sobre “hasta qué punto” contribuye el derecho internacional invita a pensar en una escala de valoración que permita establecer dicha contribución. Dentro de nuestro limitado conocimiento en la materia no encontramos una, por lo que sería menester construirla. De lo contrario, cualquier intento de respuesta podría caer en la especulación. Si, en gracia de discusión, pensamos que el investigador se propone emprender la ardua tarea de diseñarla, quedarían aún elementos de la pregunta sobre los que resulta difícil encontrar una categoría que permita establecer el puente entre la inquietud y los hallazgos hechos por otros investigadores. Por ejemplo, ¿cómo podríamos establecer qué es “deseable” o “posible”? Si pensamos que se trata de cuestiones que dependen en gran medida de las condiciones de cada contexto, encontraremos que tampoco sería sencillo encontrar una idea clara de estas dos expresiones. Es pues necesario incorporar algunos constructos teóricos para precisar la redacción, tales como *idea de justicia subyacente a la reparación*, *fin de la reparación*, *reparación adecuada*, entre otros.

En tercer lugar, la pregunta sugiere que ya existe una contribución del derecho en la materia, lo que implica sustentar dicha afirmación en el planteamiento del problema. Si, por un lado, el autor de la pregunta carece de razones para afirmar que el derecho internacional cierra una brecha, es mejor dar un paso atrás y comenzar por preguntar si en efecto el derecho cumple esta función. Si, por otro lado, se contara con datos que permitieran evidenciar la contribución, sería necesario entonces ser cuidadoso al momento de presentarla porque podría estar sugiriendo que ya se conoce la respuesta de aquello por lo que se pregunta.

Veamos ahora un segundo ejemplo de pregunta:

- (2) ¿Deben aplicarse criterios obligatorios para la selección de víctimas y la implementación de medidas de reparación frente a

violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario?

Aunque esta pregunta parece tener unos límites más definidos, sigue dejando abiertas algunas aristas que podrían dificultar la tarea de responderla. Por ejemplo, no es muy claro si el estudio se plantea pensando en los jueces o en las autoridades administrativas responsables de una política pública de reparación. Esta precisión haría mucho más fácil la búsqueda de datos relevantes. Además, la pregunta no plantea un marco geográfico específico, y sería mejor al menos sugerirlo. Lo anterior por cuanto el término violaciones masivas puede llevarnos a una búsqueda infinita de datos pues, lastimosamente, existen alrededor del mundo muchos casos similares al colombiano, incluso peores. Pensando en no confinar la pregunta a los datos disponibles, podría sugerirse hacer el estudio frente a aquellos eventos de conflicto armado de carácter no internacional en el que se presentan violaciones masivas a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Aunque sigue siendo un foco amplio, por lo menos permite filtrar mejor la recolección de información.

La pregunta permite identificar categorías o constructos teóricos sobre los que las fuentes legales y bibliográficas nos van a dar pistas (criterios para la selección de víctimas, medidas de reparación, violaciones masivas de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario). Sin embargo, la redundancia sobre si debe aplicarse lo que es obligatorio no solamente sugiere que el investigador ya cuenta con una respuesta, sino que además limita el alcance de su trabajo a una tarea de verificación de aquello que se tiene por obligatorio, ya que se cumpliría con una revisión de las normas aplicables en esta materia. En aras de plantear un trabajo que haga un aporte al conjunto de teorías existentes, podría preguntarse, por ejemplo, cuáles de los criterios de selección e implementación empleados por las autoridades colombianas respetan las normas internacionales aplicables en materia de reparación.

Hagamos un tercer ejercicio:

- (3) ¿Cuáles criterios para priorizar víctimas y medidas de reparación empleados en Colombia entre 1985 y 2018 contribuyen al cumplimiento de las obligaciones internacionales de reparación a las víctimas de violaciones masivas a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario?

Esta pregunta es mucho más precisa que las dos anteriores pero puede plantearse mejor. En primer lugar, la categoría cumplimiento de normas internacionales resulta más frecuente y común que el de “contribución” al cumplimiento de una norma. En otras palabras, el autor puede verse en aprietos a la hora de buscar datos que le den información relevante sobre la *contribución al cumplimiento* del derecho internacional. Tendría la tarea más fácil si interrogara a sus fuentes por el cumplimiento directamente.

En segundo lugar, la pregunta sugiere que la priorización de víctimas en Colombia contribuye al cumplimiento de compromisos internacionales del Estado. En ese orden, sería recomendable presentar razones que sustenten esta afirmación al describir el problema del que fluye la pregunta. De lo contrario, podría pensarse que el investigador da por sentado un evento sobre el que no cuenta con suficiente evidencia y esto debilitaría sus conclusiones. En este punto sería mejor dar el paso atrás y comenzar por preguntar si los criterios aplicados cumplen las obligaciones internacionales. Ahora bien, adelantando el reparo de que esta pregunta quedaría completamente resuelta con un simple sí o no, podría pensarse en adicionar otra sobre las razones por las que se concluye que se cumple o no con el derecho internacional. La pregunta entonces sería doble:

¿Se dio cumplimiento a las obligaciones internacionales de reparación a las víctimas de violaciones masivas a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario al implementar criterios de priorización de víctimas y medidas de reparación en Colombia entre 1985 y 2018? ¿Qué razones sustentan la respuesta al anterior interrogante?

En este punto es preciso decir que la redacción de la pregunta cambiaría en la medida en que el investigador logre establecer el primer interrogante e integrarlo al planteamiento de su problema. De manera que la conclusión de su trabajo sería la respuesta a la pregunta sobre por qué se considera que se cumplió, o incumplió, el derecho internacional.

Finalmente, podría pensarse que la precisión de la pregunta juega en contra de la posibilidad de alcanzar conclusiones que puedan ir más allá de los datos que el investigador pretende emplear en su respuesta (en este caso, los relacionados con la priorización de víctimas en la implementación de reparaciones en Colombia entre 1985 y 2018). Para que el estudio arroje conclusiones que puedan iluminar casos distintos al colombiano, podría pensarse en ampliar su alcance:

¿Se da cumplimiento a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de reparación a las víctimas de violaciones masivas a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, cometidas en el marco de conflictos armados de carácter no internacional, al implementar criterios de priorización de víctimas y medidas de reparación? ¿Qué razones sustentan la respuesta al anterior interrogante?

Sin embargo, sería necesario precisar que el trabajo intentará dar respuesta a la pregunta a partir del estudio de un caso, el colombiano, y que por ello podría sugerir algunas respuestas para otros que sean similares.

2.5. Conclusión

Este trabajo se propuso brindar algunas respuestas a preguntas sobre *cómo hacer* para que un proyecto de investigación presente de manera clara y coherente el problema y la pregunta que guiarán al investigador. En cuanto al problema, se encontró que su planteamiento puede ser más preciso cuando se identifica un escenario problemático y se formula su descripción siguiendo la estructura de un enunciado condicional (de la estructura si... entonces) compuesto de tres proposiciones y una explicación del propósito

que tendrá el estudio. Dicho enunciado permite identificar, primero, un acuerdo generalizado existente sobre una realidad (proposición principal); segundo, ciertas condiciones que ponen en duda tales acuerdos (proposición de interacción); y tercero, el vacío o contradicción subyacente a los dos primeros elementos frente al cual se planea contribuir (proposición especulativa). Finalmente, la afirmación sobre el propósito de la investigación indica la forma en que se abordará la contradicción y permite matizar el alcance del trabajo (afirmación explicativa). A la pregunta sobre cómo hacer preguntas de investigación se respondió identificando seis criterios de coherencia: que sea precisa, reconocible en los datos, que indique su contribución teórica, que trascienda a los datos y al nivel de conocimiento previo del investigador, así como que de paso a resultados complejos.

Con el ánimo de evidenciar la utilidad de estos criterios, se presentaron también ejercicios de construcción y evaluación de un problema y tres preguntas de investigación sobre la aplicación de criterios de priorización en la reparación de víctimas del conflicto armado colombiano. Estos son un testimonio de la aventura mental vivida por el autor al diseñar el marco metodológico de su trabajo de tesis doctoral y dan cuenta de la relevancia y utilidad de los criterios examinados en la primera sección.

Dedicar tiempo y esfuerzo a la cuestión sobre *cómo hacer* no solo facilita la confección y (auto) evaluación del proyecto de investigación, sino que además propicia la construcción de diálogos académicos más amplios y agendas de investigación colectivas. En el primer sentido, la estructura propuesta para el planteamiento del problema y los criterios de evaluación de la pregunta brindan pistas importantes para la redacción de otras secciones del proyecto como los objetivos y su justificación. En un sentido más amplio, estas herramientas pueden brindar un lenguaje y estructura para identificar inquietudes comunes e intereses profesionales complementarios (desarrollo, evaluación, e investigación). Alrededor de esta última distinción se podría avanzar en la tarea de armonizar las agendas de investigación de programas de especialización, maestría y doctorado. Como no siempre resulta claro delimitar el alcance de las investigaciones desarrolladas en cada

uno de estos niveles, podría plantearse un problema común y distribuirse el trabajo académico de tal manera que se eviten esfuerzos redundantes o aislados. Por ejemplo, se podría encargar a los especialistas la tarea de investigar para resolver el problema en términos prácticos, a los maestrantes para formular evaluaciones, y a los doctorandos para desarrollar nuevo conocimiento teórico. Esta propuesta no persigue hacer una jerarquización, más bien evitar que los trabajos se archiven con esmero y se olviden con prisa.

2.6. Referencias

- Allwood, J., Dahl, O., & Andersson, L.-G. (1981). *Lógica para lingüistas (traducido por Jaime Sarabia)*. Madrid: Paraninfo.
- Aloeboetoe et. al. v. Suriname (Reparations and Costs), Seires C No. 15 (Inter-American Court of Human Rights 10 de September de 1993).
- Bank, R., & Schwager, E. (2006). Is There a Substantive Right to Compensation for Individual Victims of Armed Conflicts against a State under International Law? *49 German Year Book of International Law*, 367-412.
- Bhuta, N., Beck, S., & Geiß, R. (2016). Present futures: concluding reflections and open questions on autonomous weapons systems. En N. Butha, *Autonomous weapons systems: law, ethics, policy*. (págs. 347-383). Cambridge, United Kindgdom: Cambridge University Press.
- Booth, W., Colomb, G., Williams, J., Bizup, J., & FitzGerald, W. (2016). *The Craft of Research (Fourth edition)*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Chynoweth, P. (2008). Legal Research. En A. Knight, *Advanced Research Methods in the Built Environment* (págs. 28-38). Oxford: Willwy-Blackwell.

- Colciencias. (2016). *Tipología de proyectos calificados como de carácter científico, tecnológico e innovación. Criterios y condiciones para su caracterización*. Obtenido de www.colciencias.gov.co: <https://www.colciencias.gov.co/portafolio/unidad-politica/lineas-trabajo/documentos-politica-cte>
- Committee against Torture. (2012). Committee against Torture General Comment No. 3 (2012). Implementation of Article 14 by State Parties. CAT/C/GC/3. CAT/C/GC/3.
- Consejo Nacional de beneficios tributarios en ciencia, tecnología e innovación. (2017). *Documento de tipología de proyectos de carácter científico, tecnológico o de innovación. Versión 5*. Obtenido de www.colciencias.gov.co: https://www.colciencias.gov.co/sites/default/files/upload/paginas/documento_de_tipologias_-_version_5_vf.pdf
- Contreras et al v El Salvador (Merits, Reparations and costs), Series C No. 232 (Inter-American Court of Human Rights 31 de August de 2011).
- Foss, S., & Waters, W. (2016). *Destination Dissertation. A Traveler's Guide to a Done Dissertation*. New York: Rowman & Littlefield.
- García, M. (2010). *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Dejusticia.
- García, M., Torres, N., Ramírez, A., & Cárdenas, J. (2017). *Academia y ciudadanía. Profesores universitarios cumpliendo y violando normas*. Bogotá: Dejusticia.
- Henckaerts, J.-M., Doswald-Beck, L., & Alvermann, C. (2005). *Customary international humanitarian law Vol. II: Practice Pt. 1 / with contrib. by Carolin Alvermann ... [et al.]*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Human Rights Committee. (2004). Human Rights Committee General Comment No. 31 (The Nature of General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant), CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

- Human Rights Council. (2019). *Human rights in the Bolivarian Republic of Venezuela. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Situation of Human Rights in the Bolivarian Republic of Venezuela. A/HRC/41/18*. Human Rights Council.
- International Law Commission. (2001). *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries. A/56/10*. United Nations.
- Jacobs, R. (2013). Writer's Forum-Developing a dissertation for doctoral students in human resource development and adult education. *New Horizons in Adult Education & Human Resource Development* 25(3), 103-117.
- Kuhn, T. (2004). *La estructura de las revoluciones científicas. trad. de Carlos Solís Santos. Cuarta edición*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- López, D. (2009). *El Derecho de los jueces (segunda edición-octava reimpresión)*. Bogotá: Legis.
- López, D., Amaya, R., Beltrán, J., González, J., & Slebi, L. (2009). *Las fuentes del argumento*. Bogotá: Legis.
- López, J., Bateman, A., Vengoechea, J., & López, J. (2009). *La garantía de los derechos sociales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Mendizábal, N. (2006). Los componentes del diseño flexible en la investigación cualitativa. En I. Vasilachis de Gialdino, *Estrategias de investigación cualitativa* (págs. 65-105). Barcelona: Gedisa.
- Office of the United Nations. High Commissioner of Human Rights. (2008). *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States: Reparations Programmes*. New York and Geneva: United Nations.
- Ragin, C. (2007). *La construcción de la investigación social. Introducción a los métodos y su diversidad (traducción de César Rodríguez)*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.
- Rochac Hernández et al v El Salvador (Merits, Reparations and costs), Series C No. 285 (Inter-American Court of Human Rights 14 de October de 2014).

- Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Rodríguez, C., & Rodríguez, D. (2010). *Corte y Cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Sandoval, C. (2018). Two steps forward, one step back: reflections on the jurisprudential turn of the Inter-American Court of Human Rights on domestic reparation programmes. *The International Journal of Human Rights*, 22(9), 1192-1208.
- Thompson, J. (2002). *Taking Responsibility for the Past. Reparation and Historical Injustice*. Polity.
- UN Security Council. (2004). *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies Report of the Secretary-General. S/2004/616*. United Nations.
- United Nations. (2010). *United Nations Approach to Transitional Justice. Guidance Note of the Secretary General*. United Nations.
- Webley, L. (2010). Qualitative Approaches to Empirical Legal Research. En P. & Cane, *The Oxford handbook of empirical legal research* (págs. 173-193). Oxford: Oxford University Press.

3

El Derecho de Cita en la Investigación: Colombia

Marcela Palacio Puerta

Resumen

El derecho de cita, como se le conoce en el mundo del derecho de autor, cumple un papel fundamental en los productos investigativos en la ciencia jurídica (y demás ciencias), puesto que es gracias a este, que los autores pueden acudir a obras de terceros para poder justificar, sustentar, fundamentar o incluso criticar diversas opiniones o ideas, sin tener que pedir autorización o pagar una licencia. No obstante, existen muchas dudas respecto de cuál es el verdadero alcance del derecho de cita ¿hay un límite para el fragmento que voy a citar? Saber el verdadero alcance, propósito y significado de dicho derecho es de vital importancia, puesto que existe una delgada línea entre lo que puede ser el legítimo ejercicio del derecho de cita y una infracción al derecho de autor que pueden terminar en responsabilidad civil o incluso penal. Esto es de gran importancia para los docentes investigadores, ya que, tanto en la jurisprudencia regional como en la doméstica, se ha establecido un deber más alto de los académicos de respetar el derecho de autor al momento de hacer sus investigaciones, y, por lo tanto, su contravención concluye en un reproche más grave para el docente, que para otra persona. De esta manera, este capítulo de investigación pretende explicar el ámbito de aplicación del derecho de cita dentro del régimen autoral colombiano y andino.



3.1. Introducción

Citar se encuentra definido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como “*la inclusión de un fragmento relativamente breve de otra obra escrita, sonora o audiovisual, así como de las obras artísticas aisladas, para apoyar o hacer más inteligibles las opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor de manera fidedigna*” (Interpretación Prejudicial 139-IP-03). El derecho de cita, como se le conoce en el mundo del derecho de autor, cumple un papel fundamental en los productos investigativos en la ciencia jurídica (y demás ciencias), puesto que es gracias a este, que los autores pueden acudir a obras de terceros para poder justificar, y fundamentar su dicho. Sin la existencia del derecho de cita, sería básicamente imposible utilizar obras ajenas dentro de una obra propia, ya que los investigadores estarían obligados a ubicar a los demás autores y solicitarles autorización expresa o incluso pagar para incluir extractos de sus obras dentro de los trabajos investigativos. Situación que claramente dificultaría aún más su labor.

De esta manera, el derecho de cita hace parte de las llamadas excepciones y limitaciones, las cuales, representan una herramienta de balance dentro del sistema autoral para permitir el avance y protección de otros intereses públicos que podrían verse afectados por una aplicación pura del derecho de autor, como lo son el derecho a la educación, a la cultura, al acceso a la información y a la libertad de opinión.

No obstante, existen muchas dudas respecto de cuál es el verdadero alcance del derecho de cita, es decir, ¿sobre qué obras aplica?, ¿existe un límite cuantitativo respecto el uso del derecho de cita?, ¿es equivalente el derecho de cita a un sistema de citación?, ¿para qué y cuando puede ejercer el derecho de cita?, entre otras. Estas dudas no son infundadas ya que, primero, el alcance del derecho de cita varía de país en país. Segundo, la redacción del derecho de cita se encuentra realizada de manera abstracta y con lenguaje técnico propio del derecho de autor difícil de entender para una persona extraña al área.

Ahora, saber el verdadero alcance, propósito y significado de dicho derecho es de vital importancia, puesto que existe una delgada línea entre lo que puede ser el legítimo ejercicio del derecho de cita y una infracción al derecho de autor que puede terminar en responsabilidad civil o incluso la penal. Ser capaz de ejercer el derecho de cita es de gran importancia para los docentes investigadores, no sólo porque su labor diaria representa un uso continuo de dicha herramienta, sino porque tanto en la jurisprudencia regional como en la doméstica, se ha establecido un deber más alto para los académicos de respetar el derecho de autor al momento de hacer sus investigaciones, y por lo tanto, su contravención concluye en un reproche más grave para el docente, que para otra persona que no lo es.

De esta manera, este capítulo de investigación pretende explicar el ámbito de aplicación del derecho de cita dentro del régimen autoral colombiano y andino. Para abordarlo, inicia con una sección sobre los temas básicos del derecho de autor; “segundo aborda el tratamiento internacional del derecho de cita; tercero, describe el alcance del derecho de cita en Colombia y, por último, a partir de casos explica la sanción a la omisión de utilización del derecho de cita en la Investigación, concluyendo, que el derecho de cita en Colombia, aplica para cualquier tipo de obra, sea literaria, científica o artística, para una lista de propósitos amplios, como los informativos, culturales, científicos, didácticos, analíticos, críticos, polémicos y pedagógicos; no necesariamente tiene que ser breve, sino que lo importante es que guarde proporción con el fin que se persigue y no se cause un perjuicio irrazonable a los intereses del autor citado o se interfiera con la explotación normal de la obra, lo cual también se encuentra relacionado con la proporción del fragmento usado. Sólo se puede ejercer sobre obras publicadas y es fundamental que se mencione el nombre y la fuente del autor. Finalmente, el derecho de cita no se puede realizar con fines de lucro, sean directos o indirectos de lucro. Respecto en la labor académica, el investigador tiene un deber de hacer mención sobre si la obra citada es una obra anónima y ser diligente en intentar identificar el nombre del autor citado. En caso de tratarse de obras disponibles en internet, y de obras anónimos, siempre se tendrá que incluir la URL y la fecha en que se realizó la descarga.

3.2. Sumario

1) TEMAS BÁSICOS DEL DERECHO DE AUTOR; 2) EL DESARROLLO INTERNACIONAL DEL DERECHO DE CITA; 3) EL DERECHO DE CITA EN COLOMBIA; 4) SANCIÓN A LA OMISIÓN DE UTILIZACIÓN DEL DERECHO DE CITA EN LA INVESTIGACIÓN; 5) CONCLUSIÓN

3.2. Metodología

La presente investigación es de corte jurídico dogmático y hermenéutico, analizando los presupuestos jurídicos de la norma andina Decisión 351 de 1993 y la ley 23 de 1982 en relación el alcance y aplicación del derecho de cita. Para el desarrollo de este artículo de investigación se utiliza el método de interpretación sistemático, teniendo en consideración los diferentes componentes normativos que rigen el derecho de autor, regionales y domésticos, los cuales deben ser entendidos según los parámetros establecidos en la jurisprudencia andina. De igual manera, se aplica el método deductivo, ya que se comienza a partir de una norma jurídica de carácter general y abstracta para determinar los casos específicos en que podrá utilizarse.

Para la ubicación de las fuentes se utilizó la técnica cualitativa de recopilación de información denominada investigación documental. A través de esta se investigó en libros, bases de datos especializadas, prensa, revistas de investigación, jurisprudencia y regulación en derecho comparado, haciendo uso de técnicas bibliográficas y hemerográficas.

Finalmente, para el análisis de las fuentes identificadas, se utilizaron técnicas cualitativas como la lectura, y el análisis documental en busca de determinar el ámbito de aplicación del derecho de cita.

3.3. Temas Básicos del Derecho de Autor

Para poder comprender la verdadera dimensión de la importancia del derecho de cita para la investigación y docencia, es necesario conocer los aspectos básicos del derecho de autor. El derecho de autor es un monopolio que se otorga al titular originario, esto es el autor, para la explotación de una obra protegida. Es decir, como monopolio, el derecho de autor otorga derechos exclusivos al autor; es éste el único que puede realizar un uso de la obra o autorizar a un tercero a realizarlo.

Ahora, el nivel de exigencia del derecho de autor para considerar una “obra protegida” es relativamente bajo. La Decisión 351 de 1993, ordenamiento regional que aplica de manera directa en Colombia y con primacía sobre la ley doméstica, define obra como “*toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma*” (artículo 3). De esta definición se entiende que el ámbito de aplicación del derecho de autor es amplio, pudiendo abarcar una gran variedad de obras. La ley 23 de 1982 incluye una lista ejemplificativa de obras que pueden estar protegidas por el derecho de autor, tales como:

“(…)los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias (...)” (art. 2).

No obstante, aunque la lista es una guía respecto del tipo de obras que pueden ser protegidas, también podrá ser protegida aquella creación que

cumpla con tres requisitos 1): sea “original” 2), del “ámbito científico artístico o literario” y 3) “susceptible de ser divulgada o reproducida”.

El requisito de originalidad, tal como lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se refiera a la individualidad. Que el autor haya realizado él mismo la obra imprimiendo su personalidad en ella en lugar de copiarla (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina [TJCA], 1999). De esta forma, se evidencia que el requisito de originalidad no exige novedad de la obra o que esta sea única, sino que ésta provenga de la mente de autor y represente sus propios rasgos.

Por otro lado, que la obra pertenezca al “*ámbito científico, artístico o literario*” tampoco genera una dificultad importante al momento de buscar protección, ya que, aunque la ley no lo define, se ha entendido que el ámbito literario, representa aquellas obras que han sido expresadas por letras, palabras o signos convencionales escritos, definición que se aplica también para las obras científicas, las cuales se diferenciaron de las literarias en razón de su tema. Por su parte, el ámbito artístico se ha entendido como las obras que evocan sentimiento de estética, sin que esto signifique que la obra deba ser meritoria o considerada bella (Monroy, 2013). Finalmente, que la obra sea susceptible de ser divulgada o reproducida significa que esta fue exteriorizada, protegiendo tanto obras orales como escritas. (Decisión Andina 351 art. 4)

De lo anterior, se puede concluir que la mayoría de herramientas utilizadas para la investigación y enseñanza jurídica a diario, son obras protegidas por el derecho de autor: los libros, los artículos de investigación, la jurisprudencia, las imágenes, videos y grabaciones utilizados en clase, e incluso las lecciones dictadas por los profesores o conferencias, entre otras. De esta manera, al ser obras protegidas, consecuentemente, el autor es inicialmente quien puede autorizar cualquier uso.

Igualmente, no solo los materiales utilizados en la investigación y enseñanza se encuentran relacionados con el derecho de autor, muchos de los usos que se realizan en la investigación y en la enseñanza jurídica están relacionados

con algún derecho exclusivo del autor. El autor tiene una dualidad de derechos. Unos patrimoniales y otros morales.

Los derechos morales, son considerados derechos humanos (Corte Constitucional Sentencia C 155/98), que buscan proteger la especial relación que existe entre el autor y su obra, al haber impreso su personalidad en ella. Los derechos morales son inalienables, inembargables, imprescriptibles y perpetuos (Decisión Andina 351 art. 11), por lo tanto, permanecen por siempre con el autor y no pueden ser transferidos. Entre estos se encuentran: 1) el derecho de paternidad, el cual es el derecho del autor a ser nombrado cada vez que se utilice su obra o a permanecer anónimo; 2) el derecho de integridad, que es el derecho a oponerse a cualquier transformación, mutilación o deformación de la obra que pueda atentar contra el decoro de ésta o la reputación del autor; 3) El derecho de ineditud, el cual es el derecho que recae sobre el autor de decidir publicar su obra o mantenerla inédita; 4) derechos de modificación y derecho de retracto, también conocidos como los derechos de arrepentimiento, y que corresponde al derecho del autor a realizar modificaciones a la obra o a retirarla del mercado, incluso una vez haya sido publicada, siempre y cuando, indemnice los perjuicios que se hubieren podido causar (Decisión Andina 351 art. 11; Ley 23 de 1982 art. 30). Es vital que el investigador o docente, al momento de realizar su labor académica, verifique el estar respetando los mencionados derechos, ya que como se podrá ver más adelante, su desconocimiento puede conllevar incluso sanciones penales.

Por su parte, los derechos patrimoniales, se encuentran relacionados con la explotación económica de la obra, entre estos se encuentran: 1) el derecho de reproducción; 2) el derecho de distribución; 3) el derecho de transformación; 4) el derecho de comunicación pública; y 5) el derecho de seguimiento (Decisión Andina 351, art. 13-16; Ley 23 de 1982 art. 12). A diferencia de los derechos morales, los patrimoniales se pueden transferir o transmitir. Su aplicación e impacto en el mundo académico se puede evidenciar a través de ejemplos: copiar un extracto de una obra en una publicación propia puede equivaler a realizar el derecho de reproducción; prestar un libro por parte de una biblioteca, puede representar el uso del

derecho de distribución; realizar un resumen de una obra, puede ser el uso del derecho de transformación; presentar diapositivas en clase o autorizar la publicación de un artículo, puede equivaler a realizar el derecho de comunicación pública. Como se puede observar todas estas actividades son propias y comunes en la labor académica, las cuales, al realizar derechos exclusivos del autor es éste o quien haga las veces de titular quien, inicialmente es llamado a autorizarlos.

Tener que contactar al titular para autorizar los mencionados usos, puede generar dificultades en el desarrollo de la labor académica. No obstante, el ordenamiento autoral tuvo en cuenta los problemas que el sistema crearía para el ejercicio de derechos como el acceso a la educación, la información y la cultura, y creó unas autorizaciones legales para determinados propósitos denominadas excepciones y limitaciones, las cuales, bajo la ley de derecho de autor colombiana, son autorizaciones para realizar ciertos usos sin la necesidad de solicitar permiso al autor o realizar un pago.

Existen diversos sistemas de excepciones y limitaciones, los cuales, son una de las principales diferencias entre los sistemas de copyright propios del common law y los sistemas de derecho de autor propios del derecho continental, tales como el *fair use*, *fair dealing* y lista cerrada (Monroy, 2009). El sistema de excepciones y limitaciones del ordenamiento colombiano se caracteriza por ser de lista cerrada o *numerus clausus*, es decir, dichas excepciones se encuentran expresamente establecidas en la ley mediante una lista taxativa. Adicionalmente, el ámbito de aplicación de las excepciones y limitaciones es restringido por diversas razones: Primero, estas se deben interpretar de manera restringida y no está permitida su aplicación analógica (Monroy, 2009).

Segundo, su aplicación se debe ceñir al cumplimiento de la Regla de los Tres Pasos, la cual, es una regla establecida a nivel internacional, inicialmente en la Conferencia de Estocolmo del Convenio de Berna, que tiene como propósito brindar unos parámetros a los países contratantes del tratado acerca del alcance y contenido que pueden tener las excepciones y limitaciones (Xalabarter, 2009). La llamada Regla de los Tres Pasos proscribió que las excepciones y limitaciones deben responder a tres

circunstancias a) que se trate de un caso especial y taxativamente establecido en la Ley; b) que no se atente contra la normal explotación de la obra; y c) que tal limitación no cause perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de los derechos.

Tercero, las excepciones y limitaciones durante su aplicación se encuentran guiadas por el principio de uso honrado establecido en el artículo 3 de la Decisión Andina 351 (Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA), s.f), el cual, presenta gran semejanza con la “Regla de los Tres Pasos” ya que hace referencia a aquellos actos que “(...) no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”. De esta manera, la Decisión 351 exige que, aunque la excepción y limitación se haya promulgado en cumplimiento de la Regla de los Tres Pasos, en su aplicación también se cumpla con estos parámetros.

Por lo tanto, aunque las excepciones y limitaciones permiten hacer un uso de la obra sin autorización y remuneración, se debe actuar con cautela al momento de utilizarlas para asegurarse que se está actuando dentro de sus términos. Una de las excepciones y limitaciones creadas y mayormente aceptadas es el denominado derecho de cita, no obstante, existen otras como: la nueva excepción para parodia, las educativas como la reproducción reprográfica para usos, utilización de obras a título de ilustración en la educación o ejecución de obras dentro de las instituciones educativas, excepciones a favor del acceso a la información, como la reproducción, distribución y comunicación al público de noticias, excepciones a favor de las bibliotecas y archivo, tales como el préstamo de ejemplares, entre otras (Ley 23 de 1982, artículo 31-44; Decisión Andina 351 artículo 22; Ley 1915 de 2018 art 16).

3.4. El Desarrollo internacional del derecho de cita

El derecho de cita es definido por la Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras literarias y Artísticas (Acta de Paris, 1971) (1978) como “*repetir textualmente lo que alguien ha dicho o ha escrito. En materia de propiedad literaria y artística, citar es insertar en una obra uno o varios*

pasajes de una obra ajena. En otras palabras, la cita consiste en reproducir extractos de una obra, bien sea para ilustrar una opinión o defender una tesis, o bien para hacer una reseña o una crítica de esa obra". De esta manera, el derecho de cita es de gran importancia para garantizar el acceso a la educación y a la cultura, y avanzar en la construcción del conocimiento permitiendo equilibrar la regulación autoral con otros derechos e interés importantes (Monroy, 2009).

Dicho derecho tiene su origen en la revisión de Bruselas de 1948 del Convenio de Berna de Berna, en donde se estableció en el artículo 10.1 del Tratado. No obstante, es en la revisión de Estocolmo de 197, donde se establece el derecho de cita como se encuentra hoy en día (OMPI, 1978). El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas fue firmado en 1886, y, al parecer, como una respuesta a la piratería internacional y a los tratados bilaterales existentes con anterioridad. Dicho Convenio fue pensado como una Unión, la cual, no sería afectada por la salida de algún país miembro y estaría abierto a recibir otros Estados (Ricketson & Ginsburg, 2006). Adicionalmente, el Convenio estableció unos mínimos de protección que todos los Estados miembros deben establecer dentro de sus legislaciones internas y los cuales fueron aumentando con cada revisión realizada al Convenio (Masouyé, 1978). No obstante, respecto de las excepciones y limitaciones el Convenio de Berna no ha establecido estándares mínimos claros, más allá de la Regla de los Tres Pasos, el derecho de cita, excepciones para los hechos y noticias del día y algunas excepciones a favor de la educación (Gervais, 2008).

El artículo 10.1 del Convenio de Berna establece: *"Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa"*. Esta excepción se caracteriza por ser la única excepción y limitación obligatoria de otorgar por parte de los Estados contratantes del Convenio. Las demás excepciones o limitaciones son facultativas de aplicarse (Gervais, 2008), tales como las excepciones a favor de la educación y reproducción con propósito de información (Sirinelli, 1999)

Como lo explica el profesor Pierre Sirinelli (1999) se puede observar que el Convenio estableció de manera amplia las condiciones con las que deben cumplir los Estados contratantes al establecer el derecho de cita, dejando al ámbito nacional los pormenores de la limitación, es por esto, que a nivel comparado existen diferentes implementaciones de dicho derecho siendo unas más amplias que otras. Existen legislaciones donde se limita el ejercicio del derecho de cita a cierta cantidad de palabras o compases, se especifican las obras que pueden citarse o sólo se permite realizarla para los propósitos específicos, generando diversas formas del derecho de cita.

El Convenio utiliza expresiones como “Usos Honrados” y “en la medida justificada por el fin que se persiga”. La primera expresión que utiliza en varias partes del Tratado, significando “*lo que es normalmente admisible, a lo que corrientemente se acepta*” (OMPI, 1978. p. 67). Por otro lado, la Guía del Convenio de Berna, explica la segunda expresión mediante la utilización de un ejemplo, tratando de señalar la importancia de la proporcionalidad: “*(...) no puede ser inculcado ni demandado el redactor de una obra de literatura o de historia que ilustra sus explicaciones con unas cuantas citas, de conformidad con los usos generalmente admitidos en la materia y dentro de los límites de la necesidad de demostrar sus tesis acerca de las influencias de una época cualquiera. En cambio, si utiliza abusivamente extractos de otras obras en forma desproporcionada a la finalidad que su exposition persigue, corresponderá a los tribunales decidir si sus citas pueden ser consideradas lícitas o no.*” (OMPI, 1978. p. 67).

Algunos ejemplos en la región respecto de la diferencia en las implementaciones en el derecho de cita, se pueden encontrar en las legislaciones de Cuba, Ecuador y Guatemala, las cuales requieren que la cita se realice con propósitos de educación o investigativos, mientras que la legislación Argentina permite la cita para propósitos más amplios pero estableciendo un límite cuantitativo (Monroy, 2009).

Es por lo anterior, que es importante examinar la legislación colombiana para poder establecer los límites dentro de los cuales se puede ejercer el derecho de cita.

3.5. El Derecho de Cita en Colombia

El derecho de cita se encuentra incorporado en la legislación colombiana desde 1946 bajo la vigencia de la ley 86 de 1946, es decir, incluso antes de que Colombia ratificara el Convenio de Berna en 1987. Inicialmente el derecho de cita establecía lo siguiente:

“Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que estos no sean tantos y seguidos, que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial que redunde en perjuicio de la obra de donde se toman. En ningún caso la transcripción puede exceder de mil palabras de obras científicas o literarias o cuatro compases de las musicales.”

En esta disposición quedan comprendidas las obras docentes, las destinadas a la cretomatía, las antologías y otras semejantes.

“Cuando la inclusión de obras ajenas sea la parte principal de la nueva obra, podrán los tribunales (SIC) fijar equitativamente y en juicio sumario la cantidad proporcional que les corresponde a los titulares de las obras incluida” (subrayado por fuera del original).

Como característica principal de esta regulación inicial se que establecía un límite cuantitativo para el ejercicio del derecho de cita siendo mil palabras para obras científicas o literarias y cuatro compases para obras musicales. Conservando la idea de que los extractos utilizados debían ser breves para considerarse cita. De igual manera, el derecho de cita parecía autorizar expresamente la elaboración de obras cuya naturaleza consistiera en el uso de diversos fragmentos de obras ajenas, tal como las antologías y la cretomatía, no obstante, en dichos casos, no se hacía de manera gratuita ya que si se trataba del tema central de la obra, se debía fijar una remuneración equitativa para los autores de las obras incluidas.

Adicionalmente, bajo la Ley 46 parecía que solo era posible citar aquellas obras que se pudieran transcribir. Según la Real Academia de la Lengua Española (2019), transcribir significa “*escribir en una parte lo escrito en*

otra” dejando por fuera del derecho de cita todas aquellas obras que no se pudieran representar mediante un sistema de escritura, tales como las obras de dibujo, pintura, fotografía.

Posteriormente, en 1982 se modificó la regulación del derecho de cita en la Ley 23 de 1982, y en 1993, se estableció en la regulación regional siguiendo los términos del Convenio de Berna. El artículo 22 (a) de la Decisión Andina 351 establece el derecho de cita en los siguientes términos:

(...) será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: a) Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga; (...)

En términos similares la Ley 23 de 1982, establece en su artículo 31, establece el derecho de cita de la siguiente manera:

“Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonadamente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman. En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra. Cuando la inclusión de obras ajenas constituya la parte principal de la nueva obra, a petición de parte interesada, los tribunales fijarán equitativamente y en juicio verbal la cantidad proporcional que corresponda a cada uno de los titulares de las obras incluidas.”

Esta nueva regulación hizo cambios importantes al derecho de cita respecto a lo establecido en 1946. Primero se elimina el límite cuantitativo y se establece un límite cualitativo. Lo anterior quiere decir que el número de palabras o compases musicales utilizados ya no es relevante para determinar la procedencia del derecho de cita, sino que lo verdaderamente relevante será si los pasajes utilizados se usaron “conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga” Este cambio fue de gran importancia ya que flexibilizó la aplicación del derecho de cita, autorizando

la utilización de extractos de mayor extensión para alcanzar el fin deseado y manteniendo la proporcionalidad con el propósito que buscaba el autor con la cita, siempre y cuando, no se cause un perjuicio irrazonable a los intereses del autor citado o se interfiera con la explotación normal de la obra, siendo esta la forma como la Decisión Andina define los usos honrados.

No obstante, esta nueva regulación también genera algunas dificultades al momento de determinar la aplicación del derecho de cita, ya que dificulta establecer parámetros generales, haciendo necesario un estudio de cada caso en particular para establecer su procedencia, dejando a la discrecionalidad del juez determinar si el uso esta cobijado por el derecho de cita o si es en realidad una infracción al derecho de reproducción (DNDA, 2014). No sucediendo lo mismo cuando se parte de un límite cuantitativo.

Adicionalmente, la nueva regulación solo permite citar obras publicadas, lo que quiere decir que el derecho de cita no es una defensa contra la infracción del derecho moral de ineditud, el cual, como se mencionó anteriormente es el derecho del autor de decidir publicar la obra o mantenerla inédita (Ley 23 de 1982 art. 30(c)). Esto es relevante en el sentido de que no es permitido citar aquellas obras que son entregadas por el autor a un tercero con el simple objetivo de dársela a conocer o pedir su opinión, entre otras, ya que la obra debe estar publicada tal como lo establece la decisión Andina 351, esto es: *“Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra”*. De esta manera, citar un manuscrito no publicado o que se haya publicado sin la autorización del autor puede ser considerado una infracción al derecho de autor (OMPI, 1978).

Es importante resaltar que la ley no establece un tipo de obra específica que se pueda citar, lo que permitiría concluir que no solo las obras literarias, científicas o musicales pueden ser citadas, como anteriormente se establecía en 1946, sino incluso las obras artísticas como fotografías, pinturas, dibujos, los cuales también estarían sujetas al derecho de cita (Guzmán, 2014). Lo anterior ha sido muy controvertido por la doctrina e incluso por la Dirección

Nacional de Derecho de autor al considerar que el hecho de citar una obra artística por su propia naturaleza y la necesidad de usar toda la obra, no estaría conforme a los usos honrados. Por ejemplo, la DNDA en un concepto consideró que no era posible citar una obra fotográfica ya que, entre otras cosas, representaría una reproducción total de la obra (DNDA, 2012).

No obstante, el TJCA en la Interpretación Prejudicial 139-IP-03 definió cita como “ *la inclusión de un fragmento relativamente breve de otra obra escrita, sonora o audiovisual, así como de las obras artísticas aisladas, para apoyar o hacer más inteligibles las opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor de manera fidedigna*”. De la anterior definición, es preciso concluir que la legislación Andina contempla la posibilidad de citar una obra artística como las anteriormente mencionadas.

La cita se debe realizar para ciertos propósitos, sin embargo, existen diferentes posturas respecto de éstos. Para la Dirección Nacional de derecho de Autor, el derecho de cita se debe utilizar para la ilustración de una idea, concepto o incluso el análisis crítico de la obra citada (DNDA, 2014). Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina tiene una visión más amplia de los propósitos para los cuales se puede utilizar el derecho de cita enumerando los informativos, culturales, científicos, didácticos, analíticos, críticos, polémicos y pedagógicos (TJCA, 2003). No obstante, en este caso la contradicción es simplemente aparente ya que, dada la supremacía de la norma andina sobre la norma doméstica, y que la función de interpretar la norma andina fue encomendada únicamente al Tribunal Andino de Justicia, órgano jurisdiccional de la Comunidad (artículo 40, Acuerdo de Cartagena), es la posición del TJCA la que se debe adoptar so pena de ser sujeto a una acción de cumplimiento.

Ahora, el derecho de cita no cobija usos con fines directos o indirectos de lucro, el TJCA refiriéndose a la interpretación de la excepción de obras ubicadas de manera permanente en un lugar abierto al público, incorporada en el literal (h) del artículo 22 de la Decisión 351, manifestó que el artículo 22, contentivo de la lista de excepciones y limitaciones, debe interpretarse de manera de manera sistemática con todos los literales, concluyendo que la mencionada excepción, así no lo mencionara la Decisión expresamente, no

se podía realizar con fines de lucro. Bajo esta posición, no es descabellado pensar que la misma teoría aplica para el derecho de cita. Lo anterior pone en aprietos nuevas iniciativas como los *mashups* en la música, donde se crea una nueva pieza a partir de la mezcla o pedazos de otras canciones, ya que, si se va a hacer un uso comercial de la nueva canción, no parecería ser procedente el argumento de que dicho uso está cubierto por el derecho de cita.

Finalmente, para ejercer el derecho de cita se debe mencionar el nombre del autor y la fuente, en aras de proteger el derecho moral de paternidad, el cual, corresponde al derecho del autor de ser mencionado con cada uso que se haga de su obra. Respecto de la fuente tal como lo menciona la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Casación 31.403 de 2010 “(...) *abarca tanto al editor de la obra, como a la fuente mediata y secundaria; o si se trata de una fuente de consulta que se toma de la red Internet, es necesario citar el sitio web.*” Esta mención es independiente del sistema de citación que se esté utilizando. La ley de derecho de autor, solo requiere mencionar la fuente y el nombre del autor, no obstante, no exige un formato específico para realizarlo.

3.6. Sanción a la omisión de Utilización del derecho de cita en la Investigación

En el ejercicio de la labor investigativa se han presentado casos en los cuales docentes investigadores han sido sancionados por la omisión de una debida citación, es decir, por una infracción al derecho de autor, evidenciando la importancia de entender los límites del derecho de cita para la comunidad. Adicionalmente, tanto el Tribunal de Justicia Andino como la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Perú, han establecido que los académicos tienen una responsabilidad de obrar con mayor honestidad que otras personas en intentar realizar una debida citación, lo que conlleva a que se realice un reproche más grave cuando se trata de una infracción realizada por un académico

En el más reciente caso bajo nuestro ordenamiento regional, un profesor peruano de la Universidad Nacional del Callao es acusado por la misma universidad de infringir el derecho de paternidad y patrimonial de reproducción al incluir fragmentos de otras obras encontradas en internet en su propio informe final del proyecto de investigación, sin la debida citación, y por el cual había recibido una retribución económica. Frente a la acusación, el docente argumenta que, al ser un marco teórico, es natural que se utilicen obras de terceros, y que su actuar estaba cubierto por excepciones y limitaciones. No obstante, lo anterior, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en primera instancia, impuso multa al profesor por haber infringido el derecho de paternidad y reproducción, al no haber cumplido con los requisitos propios del derecho de cita (INDECOPI, 2014).

Frente a la decisión, el docente presenta recurso de reposición argumentando que, primero, no se puede hablar de infracción a derecho de autor, cuando no se sabe quién es el autor de los textos publicados en internet y además cuando son meras ideas y no constituyen obras. Segundo, no puede existir infracción en un marco teórico donde, por su propia naturaleza, no se puede estimar que venga del autor, ya que la información allí incluida no es resultado del desarrollo de la hipótesis. Sin embargo, en segunda instancia, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, confirma fallo de primera instancia al considerar que el denunciado no cumplió con los requisitos del derecho de cita, y que contrario a lo que argumentaba el profesor, no resulta relevante que se tratara de un marco teórico para efectos de la infracción. Es de resaltar que el Tribunal calificó la conducta del denunciado como grave, con base a los cargos ocupados por éste, ya que anteriormente éste se había desempeñado como Rector de la Universidad Nacional del Callao, lo que significaba que era la autoridad máxima de un centro dedicado a la investigación (TPI, 2015)

El presente caso, fue un escenario importante para que el TJCA se pronunciara acerca del derecho de cita en la investigación, en la Interpretación Prejudicial 215-IP-2018, estableciendo varios puntos importantes: 1) Que una obra se encuentre en internet no significa que se

pueda utilizar libremente; 2) Es deber del investigador informar en la cita, si el texto que está citando tiene un autor anónimo, es decir, el hecho de encontrarse frente a una obra anónima no exime de citación; 3) El investigador tiene una responsabilidad mayor respecto de encontrar el nombre de autor de la obra, no sólo en aras de proteger el derecho de autor, sino en garantizar calidad de la investigación, por lo tanto, deberá hacer una búsqueda diligente. Al respecto el TJCA se pronunció en los siguientes términos:

“En el ámbito de la investigación académica la responsabilidad es mayor. Un investigador debe desconfiar si encuentra en internet un texto sin autor, situación en la cual puede presumir que la persona que colgó el referido texto ha omitido, por la razón que fuere, el nombre del autor. Por lo tanto, debe realizar, diligentemente, un esfuerzo mayor en buscar al autor del texto, utilizando para tal efecto otras fuentes de bases de información. Lo anterior, sin perjuicio de, siempre, citar la dirección específica de la ubicación del texto en internet (URL) y la fecha en que efectuó la descarga” (numeral 4.5).

En esta decisión se puede observar como el TJCA empieza a referirse a la mayor responsabilidad que recae sobre un investigador al momento de cumplir con los requisitos del derecho de cita.

Otro caso enigmático, acerca de la sanción a la falta de una debida citación en la investigación, sucedió en Colombia, pero a diferencia del caso peruano, esta vez la profesora fue sancionada a dos años de cárcel. En esta oportunidad una profesora de la Universidad Javeriana publicó un artículo con una revista de investigación mexicana denominada “La Casa Grande”, donde incluyó algunos extractos que provenían de la tesis de maestría de una estudiante de la misma universidad en donde trabajaba. No obstante, la profesora omitió citar a la estudiante (Palacio, 2017). El presente caso llegó a instancia de casación ante la Corte Suprema con fundamento en que algunas dificultades para encuadrar el actuar de la profesora en alguna de las conductas punibles existentes en el Código Penal. No obstante, tal como lo manifiesta de manera expresa la Corte Suprema, desde primera instancia, lo que se reprochó por parte de la profesora, fue no haber otorgado los créditos

a la estudiante como lo exige el derecho de cita. Al respecto manifestó la Corte:

“De otro lado, a pesar de las dificultades al momento de determinar cuál de los numerales contenidos en la norma, es el aplicable en el caso concreto, para la Corte asoma evidente que tanto la primera como la segunda instancias, al momento de calificar el mérito del sumario, específicamente definieron que la conducta ejecutada por la acusada consistía en haber tomado fragmentos enteros de la obra de la víctima para trasladarlos a un escrito que dijo suyo, sin otorgar a la verdadera autora el crédito que le correspondía.” (Corte Suprema de Justicia, 2010, p. 101)

Lo importante para resaltar en este caso, es que muy posiblemente, de haber utilizado el derecho de cita que otorga la regulación regional y doméstica, la conducta de la profesora no estaría dentro del marco de lo ilegal, y por lo demás hubiera otorgado mayor sustento a su investigación.

Finalmente, otro caso importante acerca de la responsabilidad especial de los investigadores, y el mayor reproche que recae sobre ellos cuando su actuar conlleva al desconocimiento del derecho de autor, es el caso de referencia 1-2017-61883 de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Este caso dista de los demás casos mencionados, en el sentido de que el derecho de cita no fue utilizado como defensa, ya que no se trató simplemente de extractos utilizados por un investigador, sino por el contrario de la totalidad de un texto. El presente caso se desarrolla en la academia, donde un profesor de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), utiliza el capítulo 3 de la tesis de maestría de una estudiante de la Universidad Javeriana y lo publica bajo su nombre en la Revista Análisis No 83 de la Universidad Santo Tomás. En este caso, la DNDA declara infringido el derecho de paternidad, reproducción y comunicación pública. Sentencia que fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá.

Es importante resaltar que en este caso la DNDA, al igual que en el caso peruano, encontró que el investigador debería actuar con mayor honestidad,

y que en razón de su calidad de docente investigador y editor de revistas científicas, tenía conocimiento de la gravedad de su actuar. Al respecto menciona la Dirección:

“Una de las características que destaca este juzgador, es que la infracción se dio en el marco de la academia, por una persona que por sus calidades y rol que desempeñan en la sociedad debería procurar por la honestidad intelectual. (...)”

(...) Adicionalmente, el Despacho considera que existen varios elementos que permiten predicar que el demandando era consciente de la gravedad de su conducta al momento de desplegarla. En primer lugar y de acuerdo con la hoja de vida aportada por el accionado con el escrito de contestación, visible a folio 169 del cuaderno 1, se evidencia que la trayectoria de [el demandado] ha discurrido entre la participación y dirección de grupos de investigación y la publicación de diversos artículos o textos sobre literatura, así como también en la docencia universitaria. Sobre lo anterior, el sentido común permite deducir que una persona cuyo oficio está dirigido a la investigación y a la producción intelectual, debería tener una mayor estima por las obras literarias especializadas de autoría de sus colegas, puesto que sería más fácil para este entender el esfuerzo y sacrificio empeñado por el creador para la realización de sus escritos. En el mismo sentido, se debe considerar en el presente caso que el demandado es un docente universitario y que la obra afectada con su actuar es una tesis de grado de maestría, la cual requiere un nivel de profundización particular que dista de considerablemente de aquel que debe tener un artículo especializado o un libro sobre una materia particular, más si se trata de un trabajo que ha recibido un reconocimiento especial por sus méritos académicos, como es el caso de la obra objeto de infracción y de autoría de [la demandante] Asimismo, de lo declarado por el demandado en la audiencia inicial del 10 de octubre de 2018, se encuentra que él fue editor de revistas académicas como la Revista Análisis de la Universidad Santo Tomás, que ha participado en la redacción de políticas editoriales y ha asesorado revistas, lo cual son otras razones que permiten afirmar que la consecuencia de su conducta que hoy se discute no era desconocida para el [demandado]”

Por lo tanto, se puede observar en las decisiones comentadas que, el reproche mayor que se hace a los docentes o investigadores frente a una conducta que pueda desembocar en una infracción al derecho de autor, de igual manera, se evidencia como la falta de del uso del derecho de cita, puede desembocar en una sanción tan fuerte como la cárcel, y lo cual, se pudo haber evitado con el simple hecho de cumplir con los presupuestos del derecho de cita, en especial en aquello de indicar el autor y fuente del extracto tomado.

De esta manera, se puede afirmar que los docentes investigadores deben hacer uso del derecho de cita como una importante herramienta para cumplir con sus labores y avanzar en la construcción del conocimiento, teniendo presente, que deberán ajustarse a los límites del derecho que aplique en su jurisdicción. Para el caso colombiano, en aras de evitar responsabilidad civil o incluso penal, deberán usar fragmentos de cualquier tipo de obra, sea literaria, científica o artística, para una lista de propósitos amplios como los informativos, culturales, científicos, didácticos, analíticos, críticos, polémicos y pedagógicos. En donde dicho fragmento no necesariamente tiene que ser breve, sino que lo importante es que guarde proporción con el fin que se persigue y no se cause un perjuicio irrazonable a los intereses del autor citado o se interfiera con la explotación normal de la obra, lo cual también se encuentra relacionado con la proporción del fragmento usado. Sólo podrán utilizar obras publicadas y deberán mencionar el nombre y la fuente del autor y además, que no podrá realizarse con fines directos o indirectos de lucro. Finalmente, el investigador tiene el deber de hacer mención sobre si la obra citada es una obra anónima y en tal caso ser diligente en intentar identificar el nombre del autor citado. En evento de tratarse de obras disponibles en internet, y de obras anónimos, siempre se tendrá que incluir la URL y la fecha en que se realizó la descarga.

3.7. Conclusión

El derecho de cita, como se le conoce en el mundo del derecho de autor, cumple un papel fundamental en los productos investigativos en la ciencia jurídica (y demás ciencias), puesto que es gracias a este, que los autores pueden acudir a obras de terceros para poder justificar, sustentar,

fundamentar o incluso criticar diversas opiniones, sin tener que pedir autorización o pagar una licencia. No obstante, el derecho de cita tiene unos límites para poderse ejercer, y existe una delgada línea entre lo que corresponde al ejercicio válido del derecho de cita y una infracción de derecho de autor.

Cumplir con los mínimos del derecho de cita es especialmente importante para el mundo académico ya que la jurisprudencia regional y doméstica ha hecho un reproche mayor, a quienes se dedican al oficio de investigar al momento de cometer una infracción al derecho de autor. No obstante, a pesar de existir un parámetro internacional en cuanto a la regulación del derecho de cita, su implementación nacional varía, de país en país.

En Colombia, el derecho de cita aplica para cualquier tipo de obra, sea literaria, científica o artística, para una lista de propósitos amplios como los informativos, culturales, científicos, didácticos, analíticos, críticos, polémicos y pedagógicos; no necesariamente tiene que ser breve, sino que lo importante es que guarde proporción con el fin que se persigue y no se cause un perjuicio irrazonable a los intereses del autor citado o se interfiera con la explotación normal de la obra, lo cual también se encuentra relacionado con la proporción del fragmento usado. Sólo se puede ejercer sobre obras publicadas y es fundamental que se mencione el nombre y la fuente del autor. Finalmente, el derecho de cita no se puede realizar con fines directos o indirectos de lucro. Respecto de la labor académica, el investigador tiene un deber de hacer mención sobre si la obra citada es una obra anónima y ser diligente en intentar identificar el nombre del autor citado. En caso de tratarse de obras disponibles en internet, y de obras anónimas, siempre se tendrá que incluir la URL y la fecha en que se realizó la descarga.

3.8. Referencias

- Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), Trujillo, Perú, 10 de marzo de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia (1998), Sentencia 155 de 1998, M.P Vladimiro Naranjo
- Corte Suprema de Justicia (2010), Sentencia 31.403 de 2010, M.P Sigifredo Espinosa Decisión Andina 351 de 1993
- DNDA (2012), Generalidades del Derecho de Autor. Radicado: 1-202-58027. Disponible en: http://200.91.225.128/Intrane1/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2012-58027.pdf
- DNDA (2014), Concepto: Generalidades-Limitaciones y Excepciones del Derecho de Autor-Derecho de Cita. Radicado: 1-2014-24468. Disponible en: http://200.91.225.128/Intrane1/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2014-24468.pdf
- Gervais, D. (2018). Making Copyright Whole: A Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations, en *University of Ottawa Law & Technology Journal* 1-42
- Guzman, D. (2014) El Derecho de Cita y la Apropiación Artística. Disponible en: <https://propintel.uexternado.edu.co/el-derecho-de-cita-y-la-apropiacion-artistica/INDECOPI> (2014). Resolución No 0779-2014/CDA-INDECOPI, 23 de diciembre de 2014
- Ley 23 de 1982, Congreso de la República, Colombia.
- Masouyé, C. (1978). Guide to the Berne Convention for the Protection of Literacy and Artistic Works. París: WIPO Publication. Recuperado de ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wi_publications/Guide-Berne-Convention-wipopub615E.pdf

- Monroy, J (2009). OMPI, Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América Latina y el Caribe. Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, Ginebra. Recuperado de http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130303
- Monroy. J.C, (2013) Derechos de Autor y Derechos Conexos. Editorial: RRA Formación
- OMPI (1978), Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras literarias y Artísticas (Acta de Paris). Editorial: Autor
- Palacio, M (2017) Colombia- A Place where you Could be Sentenced to Two Years in Jail For Plagiarism: A Crime that does not Exist. Journal of Intellectual Property Studies, 1, 1, 61-72
- Ricketson, S. & Ginsburg, J. (2006). International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond (2a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Sirinelli, P (1999), Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Editorial: OMPI. Ginebra
- TPI (2015). Resolución No 4987-2015/TPI-INDECOPI, 23 de diciembre de 2015
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina [T.J.C.A] junio 11, 1999, Interpretación Prejudicial 10-IP-99
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina [T.J.C.A] marzo 17, 2003, Interpretación Prejudicial 139-IP-2003.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina [T.J.C.A] marzo 29, 2019, Interpretación Prejudicial 215-IP-2018

4

Alcances de la epistemología jurídica: La relación entre la metodología de investigación y la teoría del derecho

Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph. D.

*“Notoriamente no hay descripción del universo que no sea arbitraria
y conjetural. La razón es muy simple: no sabemos qué cosa es
el universo”.*

El Idioma Analítico de John Wilkins de Jorge Luis Borges (1976)

Resumen

Analizamos las tres formas de investigación en ciencias sociales, es decir la empírica, la normativa y la propositiva, para relacionar cada una con las teorías del derecho y sus correspondientes métodos de investigación.

Identificamos el centro de los núcleos problemáticos de cada tipología, les relacionamos con las escuelas positivista, naturalista y realista, para concluir con un ejemplo de cada una.

Introducción. El orden del discurso en la ciencia

La humanidad no sería lo que es, de no haber emprendido desde temprano esa misión emancipadora que le ha posibilitado la labor investigadora, la búsqueda de la verdad y el conocimiento en sus diferentes formas, desde la filosofía antigua hasta la ciencia moderna. El crecimiento de la civilización



ha estado en el deseo del conocer que bien mencionaba Aristóteles, pertenece a todos los hombres, no es que todos ejerzamos esa posibilidad o la calidad de racional en el animal humano, pues efectivamente muchos desperdician ese don, pero el ejercicio de esta capacidad universal es condición necesaria para una existencia auténtica y autárquica.

Ideas que se dirigen en el mismo sentido son, el paso del mito al logos de los clásicos griegos, el deber de defenderse por el propio entendimiento del estoicismo, el discurso sobre la dignidad humana y la posibilidad de definirse un propio rostro en Mirandolla, la actitud como un mayor de edad kantiano en el memorable *sapere aude* «atrévete a saber», el deseo natural por conocer y comunicar del proceso lingüístico en Chomsky, con todas las limitaciones y defectos los seres humanos hemos construido en el mundo por la fuerza del propio entendimiento, un logro que si se apoya más en la empatía puede llevarnos a los destinos deseados de prosperidad y fraternidad.

Sugiere Brown (1983, pág. 23) *Finalmente, debemos recordar que los científicos están tratando de comprender una realidad que es objetiva en el sentido de que existen dependientemente de sus teorías. Las teorías científicas se verifican con esta realidad, que juega un papel central a la hora de determinar lo que observamos y que está continuamente arrojando anomalías para recordarnos que nuestras teorías actuales no son perfectas y es posible que tengan que ser abandonadas en favor de algún nuevo enfoque.*

La investigación en ciencias sociales se ha visto enfrentada a múltiples dificultades, no tienen el apoyo de las instituciones y los sectores económicos como ocurre en ciencias *rígidas*, si resultan incómodas ante los factores del poder terminan siendo perseguidos y son excluidas o comercializadas, al punto que muchas formaciones tienen el mal hábito de la especialización tecnocrática, de la cual el investigador funda un feudo o nicho de mercado, más que competencias críticas, lo que nos sume en un hartazgo enciclopédico. En lo que también es denominado el proceso de normalización, en el cual el poder define el saber y el saber ser percibe a

forma de realidad, en forma de discursos de determinadas condiciones, -arqueología del saber- (Foucault, 1978)

Otro inconveniente es que, a pesar de ser disciplinas integradas, nuestra estructura conceptual-ideal dista mucho de estar unificada, difiriendo de los debates griegos, donde objeto, método e incluso fin, eran claros entre los dialogantes. (Guadarrama, 2005)

En no pocas ocasiones la formación que se tiene en materia investigativa proviene del método científico de ciencias duras, donde se trasladan criterios que no son necesariamente analógicos para ámbitos más humanos, tal es la denuncia de Foucault (2008) al ver que se trata la sanidad mental de la psicología de la misma manera que los aspectos biológicos del cuerpo, creando categorías, antídotos y asociando normalidad y salud.

En espacios académicos, es habitual que la formación en investigación se centre en el área específica del docente, lo que impide una consolidación de criterios estructurales sobre las investigaciones en ciencias sociales y no sobre una en particular. Con este objetivo presentamos la actual propuesta que articula los saberes abstractos deontológicos, normativos y socio-empíricos. En la tradicional distinción entre justicia, validez y eficacia, la primera es una pregunta moral, la segunda jurídica y la tercera sociológica (Bobbio, 1997).

Si bien las clasificaciones son coyunturales y de alguna forma arbitrarias, al estilo del cuento sobre John Willinkins en Borges (1976), y las definiciones productos consensuales, no verdades con concepciones propias, como lo narra el Crátilo de Platón (2010) esta organización nos da herramientas para tener unidades conceptuales alrededor de las cuales desarrollar nuestros proyectos.

Un esfuerzo para movernos en mares amplios, de la misma forma que la lógica aristotélica está dada para no perder el discernimiento en amplias cantidades de información, a suerte de mapa para los viajeros. En este sentido intentamos organizar la epistemología de las ciencias humanas en perspectiva contemporánea. *“En ese umbral apareció por vez primera esa*

extraña figura del saber que llamamos [la persona] y que ha abierto un espacio propio a las ciencias humanas” (Foucault, 1978, pág. 9)

En esta oportunidad, al darle un enfoque jurídico, podemos ver la relación entre estas tipologías de investigaciones y los grandes bloques de teorías del derecho, “*que hasta entonces tuviera la distinción clásica entre el iusnaturalismo, el iuspositivismo y el realismo jurídico*” Faralli (2007). Sin negar la valiosa influencia de doctrinas contemporáneas que plantean espacios dialogantes o abiertos a las tradicionales clasificaciones.

4.1. Las diversas formas de investigación en ciencias sociales

4.1.1. El problema de investigación

Al hablar de ciencia del derecho partimos justamente de la idea subyacente del conocimiento científico, por lo tanto, haciendo un breve trazado del pensamiento sobre la ciencia. Podemos ver varias *epistemologías* así en Aristóteles, entender la realidad como un todo sometido al orden del *logos* el cual se expresa y rige por determinadas leyes o *nomos* se analiza mediante la identificación de las grandes, mandatos e ideas tipo de, normas, fines y fundamentos, *physis*, *thelos* y *arje*, y de ahí la búsqueda de ideas arquetípicas.

Por su parte un modelo de ciencia moderna viene junto con el espíritu de su época con una inspiración mecanicista, practica y funcional, por lo tanto, no se buscan esencias, sino causalidades de orden fenomenológico descriptivas y por lo tanto expresables en el consabido lenguaje matemático.

En su camino de emancipación, las ciencias sociales poseen una fundamentación, en la filosofía positivista, de lo cual se entenderá el pensamiento científico como relacionado a lo verdadero, estando nosotros en las esferas de o susceptible de verificación o falsación, la misma dependerá de ser de una verdad de la razón o una verdad de hecho por responder a una verificación racional o empírica respectivamente.

De la objetividad, previsibilidad, recreación y verificación dependerá la calidad del conocimiento científico social el cual defendamos, bien mencionaba Weber que la función de la ciencia está en describir y explicar un fenómeno, por lo tanto se busca la verdad al abordar los hechos tal cual son y no como nos gustaría que fueran, de ahí en el ensayo del científico y el político, del mencionado Max Weber, quien concluye “*en estos tiempos la ciencia está lejos de ser un don de visionarios y profetas que reparten bendiciones y revelaciones; tampoco es parte integrante de las reflexiones de los sabios ni de los filósofos en lo referente al sentido del mundo*” (2012). Es el logro del esfuerzo y la vocación como fruto del trabajo racional, buscamos explicaciones fragmentadas, parciales y finitas, de una verdad que es infinita, como esa llama de olimpo que fue rota tras la traída de la luz a la tierra por Prometeo y que los hombres recogemos de a pequeñas chispas regadas en el mundo.

Por su puesto toda esta racionalidad posee unos límites, de tipo ético pues sin estándares morales y sin una proyección de empatía estos desarrollos utilitarios crean tantos daños como beneficios; en los cruentos ejemplos de bombas nucleares y algoritmos diseñados para manipular votantes, otro límite es el del conocimiento mismo, pues todo lo que consideramos verdad está limitado a un hecho del lenguaje que también puede ser reevaluado por el lenguaje mismo, bien enseña *Ludwig Wittgenstein (1988)* que la verdad es posible dentro de un juego de lenguaje, pero no existe uno, si no múltiples juegos de lenguaje.

La verdad en sí misma no podemos verla o conocerla porque siempre va a pasar por nuestra percepción, esa verdad pura del mundo de las ideas o el Topus Uranus platónico o el noema Kantiano como la verdad pura, no son alcanzables y por eso viene bien la distinción de Lacan, entre lo real (el fenómeno con los sujetos) y la realidad (como verdad pura) vemos entonces que estos límites no constituyen un escepticismo, pero si una conciencia del alcance del método en desarrollo de lo real y lo verdadero.

Entrando en el área del derecho, debemos partir de la idea de *Niklas Luhmann (1984)* según la cual el derecho funciona con artefactos, no con *factos*; este dispositivo fenomenológico social (el derecho) es de orden

prescriptivo, manda, prohíbe o permite conductas y establece órdenes a las instituciones como jueces y agentes de policía del que deberán hacer según se cumplan o no las mencionadas prescripciones.

En este sentido es imposible relacionar directamente al derecho con la ciencia, pues como prescripción no es susceptible de considerarse, verdadera o falsa, por lo tanto, de haber una ciencia jurídica, la misma provendrá de los análisis, juicios y preguntas que nos hagamos sobre el derecho como objeto de estudio, de ahí la investigación en el derecho.

Bien menciona Jürgen Habermas (1987) que una teoría consensual de la verdad puede derivarse de enunciados intersubjetivos, surgidos del dialogo, la crítica, en acuerdo racional y la acción comunicativa y argumentativa, la verdad estará sujeta a una verificación racional en un abordaje científico.

El doctrinante que interpreta dos normas aparentemente irreconciliables, como un trato internacional y un mandato constitucional ejercería un rol científico y su tesis estará sometida al ejercicio y la exigencia dialéctica de los actores jurídicos, lo cual incluye por su puesto ciudadanía y sectores políticos, cuando esta tesis pueda someterse a una falsación, como bien sugiera Popper, tendríamos una verdadera teoría. Es así como se evidencia la diferencia con un litigante que tiene interés de persuadir para el beneficio de su parte y quien analiza un precedente para ver sus alcances.

Así un juez puede actuar como un científico del derecho cuando busca la verdad del sistema, mediante un proceso inter subjetivo y ante todo con una pretensión de objetividad racional y por el contrario quien responde a intereses particulares, actos de corrupción o solo encubre sus prejuicios, está actuando de forma *no* científica y de hecho está actuando de la inadecuada forma política, al plantear las cosas por cómo se desean en canales que no están autorizados al respecto

Ya que existen múltiples verdades, pequeñas y finitas y que el derecho en sí mismo no es ni falso ni verdadero deberemos incluir criterios de análisis, para efectuar juicios los cuales, si podrán ser juzgados como ciertos o falsos, de ahí la necesidad de formular las investigaciones en las diversas tipologías

lo cual dependerá de cómo formulemos el problema de investigación para que “tanto el autor como los lectores tengan clara conciencia en cada instante de *cuáles* son los criterios empleados para medir la realidad y obtener a partir de ellos los juicios de valor” (Weber, 2012)

Realizar una investigación es abordar con rigor un tema, en tal sentido se debe plantear un solo objetivo general, el cual debe ser desarrollado a lo largo de la obra, para lo cual se plantean los diversos objetivos específicos. Un orden que se abarca mediante la formulación del problema de investigación, es decir, la pregunta que de ser resuelta solventará el objetivo general, de tal suerte que no pocos proyectos se formula el problema de investigación en interrogante, de lo que se plantea como verbo en infinitivo en los objetivos. Algo así: Objetivo general: Establecer el impacto de las medidas punitivas contra la violencia intrafamiliar en las veredas rurales de Combita en el último año. Problema ¿cuál ha sido el impacto de las medidas punitivas contra la violencia intrafamiliar en las veredas rurales de Combita en el último año?

Por esta similitud se ha planteado que el objetivo puede ser a forma de pregunta o de meta, en ambos casos debe existir claridad del fin de averiguación en el trabajo, por lo que se debe evitar verbos torpes, como, investigar, saber, escribir, y plantear con claridad lo que se busca, en tal sentido, es más pertinente hablar de: determinar, demostrar, sintetizar, tabular, caracterizar, establecer, analizar, relacionar o conceptuar. Una relación de estos verbos con la forma de estudio o nivel que se busca se presenta claramente en la taxonomía de Bloom.

Este problema debe estar bien enfocado, v.g. en un caso de trabajo deóntico o propositivo, en el cual considero necesaria determinada regulación digital de los procesos de contratación pública, no me sirve (o no me basta) realizar preguntas sobre cuánto dinero se pierde por corrupción o cual es el régimen aplicable, pues estas corresponden a objetivos de tipo empírico y normativo, respectivamente.

Debe tenerse en cuenta que en el momento de formular el problema de investigación se pueden presentar los siguientes inconvenientes:

– Falso problema: Es un problema de investigación fácil de resolver mediante la construcción primaria del estado del arte, la lectura de doctrina o jurisprudencia. El análisis debe implicar un reto intelectual, donde se consideren algunas variables; por esta misma razón no es recomendable que las preguntas que se formulen conduzcan a un *SI* o a un *No* como respuesta.

– Ambigüedad: Esto se da cuando el tema está mal delimitado, no existe marco de tiempo espacio en los estudios de campo, no hay claridad del régimen aplicable en materia jurídica y no existe univocidad de doctrinas teóricas, como al referenciar autores excluyentes.

– Confusión: Siendo diferente el problema y la problemática; esta última es un contexto indeseable, algo que se quiere mejorar o el impacto esperado, en esta confusión se establece como problema de investigación una situación a mejorar. Regresando al ejemplo dado, la problemática es la corrupción y el problema de investigación es formular una política de manejo digital en la contratación pública.

– Oscuridad: Si el alcance del análisis está en el problema, es evidente que este debe ser claro y bien formulado, sin lugar a equívocos o que se presenten multiplicidad de objetos de estudio en una sola formulación. Por ejemplo, Analizar las teorías políticas de la ilustración y su impacto en la independencia de Latinoamérica y la posibilidad de hacerse realidad.

El problema debe estar enfocado, en tal sentido las diferentes tipologías (los saberes socio-empíricos, normativos y abstractos) dependen de la forma en que se realiza la pregunta y en tal sentido los desarrollamos a continuación.

4.1.2. Problemas de tipo socio-empírico

En esta tipología, damos una prioridad a la evidencia de los hechos, las pruebas, los trabajos de campo, las entrevistas, los muestreos, su esencia se centra en la ontología del objeto de estudio es decir en que son las cosas, por lo tanto, la pregunta se centra en el Verbo SER.

Lo propio de estudios como la sociología, la antropología, la historia, o la sociología del derecho se desarrollan de esta forma. Así, por ejemplo, verificar el incumplimiento de las normas de tránsito, la violación de derechos humanos en las cárceles, la eficacia de medidas contra el consumo de estupefacientes o la imposibilidad de acceso a justicia internacional, serían proyectos que se enmarcan en esta tipología.

Evidentemente se delimitan en espacio y tiempo, solo así sabremos v.g. el aumento de los embarazos adolescentes en un colegio rural en del municipio X, en los tres últimos años tras la eliminación de la clase de educación sexual.

Normalmente cuando se insiste en la delimitación del problema se hace desde una perspectiva empírica, en tal sentido el objetivo muestra un hecho social (Weber, 2006) tan como es, sin esperar que cambie o que el mismo se mute, con esta evidencia se dan herramientas para pasa a juicios normativistas y propositivos, pero no se trata de una etapa primigenia, pues no existe jerarquía en los proyectos. Es una división del ángulo que se da a un determinado objeto para abordar su entendimiento, no es coincidencia que estos estudios den origen a observatorios, veedurías y centros de seguimiento social.

Desde un enfoque jurídico los fenómenos se pueden analizar en dos diferentes perspectivas, como hechos sociales que dan nacimiento al derecho, o como realidad del derecho, también conocido como los *critical legal studies* o el derecho viviente.

Estas investigaciones poseen un enfoque eminentemente fáctico, de ahí que en los mismos resulten análisis de caracterización, índices, proyecciones y impactos. Sobre esto último debemos resaltar que, cuando un proyecto se pregunta por la eficiencia (obtener el fin empleando los mejores medios posible), la eficacia (obtener el efecto que deseado) efectividad (ser a la vez *eficaz-eficiente*) de determinado régimen, mandato, o garantía jurídica, se está haciendo análisis socio-jurídico.

Estas perspectivas son desarrolladas a través del método socio-jurídico de investigación, el cual se desarrollará por trabajo de campo, teórico-documental o teórico-práctico, siempre centrados en evidenciar el hecho social tal cual es.

V.g. ¿Cuál es el índice de consumo de estupefacientes en los parques de zonas residenciales estrato 1 y 2 del municipio de Soledad en los últimos tres años?

4.1.3. Problemas de tipo normativista

El enfoque jurídico propiamente dicho, llamado en algunos casos (tal vez anacrónicamente) dogmático, se pregunta por el tratamiento que se debe dar por las instituciones jurídicas a determinado hecho, en este caso queremos saber en realidad que ordena el sistema jurídico, no si el mismo es ideal o se cumple, pues esos serían los otros enfoques. En mayoría de preguntas normativas, el análisis se realiza en clave de validez, es decir del DEBER SER.

Hay un ser jurídico pero se formula como un deber ser.

Kelsen (1969) explicaba que el derecho funciona como un deber ser, pero esto no es en el sentido de aspiraciones o ideales morales, sino desde el punto de vista hipotético. Así, si Pedro mata a Juan, aquel deberá ir a la cárcel, puede que no ocurra de tal forma, pero aun así la norma y en tal sentido la orden jurídica sigue ahí. *“Aquel que ordena o autoriza, quiere –el legislador–; aquel que recibe la orden, o al que se da el permiso o la autorización, debe. En esto la palabra “deber” es utilizada aquí en un significado más extenso que el usual”* (Kelsen, 1969, pág. 19)

La característica radica en que, al hacer un análisis estrictamente jurídico, planteamos posturas de deber ser abstractas. Es decir, la investigación está centrada no si una determinada sanción o consecuencia jurídica se debe aplicar a alguien, sino que condiciones deben darse para que ante esos hechos genéricos se concrete un postulado normativo y la sanción respectiva de forma general.

La constitucionalidad, la inexequibilidad, la nulidad, la responsabilidad, la inconventionalidad, son preguntas propias de una investigación jurídica. Después de todo, al preguntarnos por la validez, nos preguntamos por qué conductas y que normas se consideran como integrantes respetuosas del sistema jurídico. Así, *“una norma vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior”* (Alexy, 2008)

Este campo de estudio no se restringe a citar o referenciar un artículo o una sentencia, se trata de identificar el verdadero imperativo jurídico de la totalidad del sistema y la auténtica norma contenida en la disposición.

Esta distinción entre disposición y norma es fundamental para entender tanto la naturaleza de la interpretación como la idea de la concreción en el derecho, después de todo una disposición es la letra *pasiva* del texto jurídico, piénsese en el artículo de la Constitución que establece la buena fe, la cantidad de decisiones como el deber de regular una materia o la confianza legítima que definían la proscripción de cambiar abruptamente las condiciones entre administración y administrados no están explícitos en el artículo 83 de la Constitución Política, pero el amparo a todos los cobijados por la mencionada confianza legítima es un imperativo del sistema de derecho, como en el caso de los vendedores ambulantes.

Piénsese de la siguiente forma, la siguiente imagen puede evocar una prohibición, sin lugar a duda, esa disposición normativa esta de alguna forma desactivada hasta que el intérprete le da pleno sentido, solo ahí, los caracteres gráficos pasan a ser una verdadera norma, la diferencia entre la siguiente imagen y el imperativo NO FUMAR.



Ilustración 1

Así mismo para identificar el verdadero contenido normativo se deben recurrir a criterios hermenéuticos integrales, no solo a la exegesis, en tal sentido es evidente que la siguiente imagen manda NO COMER, pues mal podría pensarse que significa no portar hamburguesas y gaseosas.



Ilustración 2

Al tener un alto enfoque hermenéutico, el uso de los métodos de interpretación, la argumentación jurídica en sus enfoques lógico, material y dialectico (Feteris. 2008), así como el análisis dinámico y estático de la jurisprudencia mediante líneas jurisprudenciales e identificación de *ratio decidendi*, (López, 2007) son herramientas fundamentales en estos desarrollos.

Ejemplo ¿Existe responsabilidad del Estado por omisión en la formulación de políticas preventivas ante el consumo de estupefacientes?

4.1.1. Problemas de tipo propositivo, deontológico o axiológico

Una tercera categoría está centrada en la deontología, es decir lo que se plantea como lo que esperamos que sea, la pregunta de este tipo nos lleva al verbo del DEBERÍA SER, puede darse en enfoque desde la ciencia política, la filosofía, o la axiología.

Cambiar el entendimiento de los conceptos, determinar una escuela teórica para determinados estudios, desarrollar un sistema de pensamiento que

cumpla con ciertos estándares, identificar la solidez de una doctrina o superarla, son preguntas típicas en esta dimensión.

Puede enfocarse desde la perspectiva propiamente del debate filosófico, como son los debates sobre bioética, o alcances de la tecnología en las relaciones sociales son propios de esta área. En tal sentido dar argumentos sobre porque se considera que existe o no vida desde la fecundación o porque es indeseable que se imparte justicia por una inteligencia artificial son reflexiones que existen más allá de que se cumplan en alto grado o que acepte o no el derecho.

No en vano, la igualdad por razas o géneros se defendió primero como idea de naturaleza filosófica, a pesar de existir altos grados de segregación y regímenes jurídicos cómplices como la segregación a la mujer en la forma original del código civil o los problemas raciales en el sur de Estados Unidos o el Apartheid en Sudáfrica.

Claro está que al ser una investigación no basta con simplemente exponer una opinión, hay que ser crítico con las posturas contrarias, superarles dialécticamente, desarrollar un sistema de alta coherencia interna y externa que satisfaga los soportes necesarios para consolidar que se defiende como tesis.

Otra faceta de estas investigaciones está en la proposición de políticas, así por ejemplo defender el sistema federal, implica mostrar, como debe ser entendido, identificar que organizaciones exitosas lo son (Usa, Alemania, Rusia, Canadá, Suiza, Brasil) cuales son autonómicas (Francia, España, Gran Bretaña) y cuales son centralistas (Finlandia, Portugal, Japón), que ventajas reporta, aquello que se requiere para consolidarlo y la potencial coherencia que genera con las diferencias culturales.

En este marco, la propuesta de soluciones, políticas o programas permite plantear acciones concretas ante las problemáticas. En este caso, los estudios comparados, la categorización e identificación de experiencias exitosas, el modelar condiciones para obtener el resultado ideal, la generación de

diseños comparativos que demuestren más o menos éxito en determinadas medidas, son enfoques propios de esta tipología.

Ejemplo ¿Qué condiciones debería tener una política pública de prevención para disminuir el consumo de estupefacientes en los estudiantes del municipio de Soledad?

4.2. Tipologías de investigación y teoría del derecho

4.2.1. Sobre las escuelas en la teoría del derecho

A manera de somera guía presentamos una breve organización de las escuelas del derecho, es decir los sistemas de pensamiento que agrupan una concepción sistemática para desarrollar la institucionalidad jurídica.

Una buena manera de presentar las diferentes teorías del derecho se presenta en la obra de María Falcón y Tella (1994), lectura obligatoria para quienes se adentran en estas lides. *“Clasificación que durante largo tiempo nos había permitido agrupar las muy variadas posiciones de los diversos autores”* Faralli (2007)

En tal sentido organizamos el cuadro siguiente para realizar una presentación general de las teorías del derecho. Presentamos la información sin ánimo de suficiencia, o profundidad, con la intención de establecer una guía analítica, no una organización inequívoca.

- Naturalismo: Mitológico (Sófocles), teológico (Santo Tomás), racionalista (Kant), fundado en la realidad (Finnins) y principialista (Dworkin).
- Positivismo: Estatal Jellinek, político (Schmitt) y normativista (Kelsen- Hart)
- Realismo: Critico judicial (Hollmes) Critico político (Kennedy) Institucionalista (Olivecrona).

- Dialogantes: Norma y axiología (Alexy), derecho y realidad (Smend), realidad y derecho (Muller), Argumentacio (Atienza), e integradora (Ost)

Los extremos positivistas y naturalistas, se ven semejantes a los monstruos míticos de la Odisea, “*Escila y Caribdis*”, cuando Ulises debe elegir como atravesar un estrecho en el cual existen dos monstruos, y escoger uno de los dos, en el primero la bestia Escilla “que desgarrar” va a devorar de sus múltiples fauces a algunos de los pasajeros pero dejara pasar el barco, en cambio en el otro camino Caribdis “el torbellino”, existe la posibilidad que no salga y todos sobrevivan, pero de salir a flote todos morirán.

Parece ser que el daño calculado del positivismo se asemeja a Escilla, donde se pueden perjudicar a varios, pero el sistema seguirá adelante, mientras que el naturalismo parece Caribdis, si estamos en manos de un justo todos saldrán airosos, pero en manos de un tirano todos compartiremos el destino fatídico.

Frente a este dilema, debe existir una vía, una tercera vía, entre las bestias de varias cabezas y las mareas calmas de la muerte horrenda.¹¹ La propuesta del constitucionalismo de la positivización de criterios axiológicos se ha presentado en esta medida, como una salida factible a la rigidez formalista del positivismo exegetico clásico y la ambigüedad del naturalismo, de esta forma dicha tesis correctiva ha permeado las instituciones modernas, haciendo que las cartas fundamentales de las deferentes naciones incluyan en sus textos cláusulas con fundamentos axiológicos o dogmáticos, las cuales se encuentran investidas con vocación normativa, traducible en nuestro ordenamiento en el control de constitucionalidad respecto de las normas (inexequibilidad) y respecto de las conductas (tutela y demás acciones constitucionales).

11 “*Creemos entonces, que no basta una teoría o sistema de pensamiento para abarcar todas las etapas del proceso de legitimación, ni todas las formas del derecho (...) en una búsqueda que se asemeja a la piedra filosofal*” (Higuera, 2009 Pág. 91).

En este espacio encontramos las ideas integradoras del positivismo, con apertura a la moral, como en el caso de Alexy (2008), de ahí que los derechos fundamentales deban ser interpretados como principios como consecuencia de la pretensión de corrección (deber moral) y del mandato de optimización (el principio debe llegar al mayor resultado que permitan los derechos demás derechos y las circunstancias fácticas).

Por su parte la integración entre sistema normativo y realidad también encuentra respaldo en las ideas de Muller, para quien debe integrarse la idea de ámbito normativo (contexto) y programa normativo (disposiciones) para concretar el verdadero alcance del sistema jurídico.

En esta doctrina, de la idea del *derecho como concreción* enmarcamos las posturas de la Constitución integración en Smend (1985), la *Constitución tota*” de Heller (1998), el *concepto de Constitución* de Merkl (1926), la idea de las normas de reforma constitucional como el *cierre del sistema* en Alf Ross (1991), la *Constitución material* en Mortati (2000) y las *concepciones institucionalistas* y psicológicas en Hauriou (1971) y Santi Romano (1945) respectivamente.¹²

La conjunción de estas posturas permite que, en el marco de las instituciones jurídicas, concretando los mandatos superiores de la constitución, y en uso de las facultades otorgadas por el constituyente primario, la Corte Constitucional haya amparado graves casos de violación de derechos fundamentales como los desposeídos del Upac o la crisis humanitaria por el desplazamiento forzado desplazados.

4.2.2. Realismo. La pregunta por la eficacia

The living law o los *critical legal studies*, son formas del realismo, según las cuales, por encima de las formas jurídicas, está la fuerza de los hechos, traducida en factores reales de poder, juego de intereses, las retóricas de los

12 Sin que se considere agotada la universalidad de la teoría del derecho, creemos que esta identificación nos permite tener bases para el desarrollo de nuestra problemática.

actores, influencias, e impactos psicológicos. En oposición a ese derecho muerto o pasivo de los anaqueles.

Sugiere Brown (1983, pág. 23) “*Finalmente, debemos recordar que los científicos están tratando de comprender una realidad que es objetiva en el sentido de que existen dependientemente de sus teorías. Las teorías científicas se verifican con esta realidad, que juega un papel central a la hora de determinar lo que observamos y que está continuamente arrojando anomalías para recordarnos que nuestras teorías actuales no son perfectas y es posible que tengan que ser abandonadas en favor de algún nuevo enfoque*”.

Dentro de las formas de realismo encontramos las posturas de Wendell Holmes, en esta doctrina, se deja en evidencia que el desarrollo del derecho dista mucho del planteado en normas abstractas y espacios académicos, pues es lo que realmente se ha de considerar un imperativo es lo que dicen los jueces, lo anterior efectivamente es planteado en un contexto de un fuerte poder judicial y de reglas del precedente propias de *common law*, sin embargo esto no resta pertinencia a la efectiva diferencia entre lo dicho en anaqueles y en estrados, quizá también por desatenciones de sectores académicos.

Por su parte los *Critical Legal Studies*, representados en autores como Duncan Kennedy develan que, el derecho, la sentencia o la norma son solo cascarras de la voluntad, en este sentido, un litigante malgastaría su tiempo en buscar precedentes o realizar una hermenéutica de la norma, pudiendo en cambio a pelar a las posturas personales de juez, su historia de vida, su arraiga o sus pasiones-políticas.

En esta escuela (se deba o no definir de esta manera) las metas consisten en: demostrar la ambigüedad y los posibles resultados preferentes de doctrinas legales que deberían ser imparciales; dar a conocer los resultados históricos, sociales, económicos y psicológicos de las decisiones legales; y desmitificar el análisis legal y doctrinal para imponer transparencia en los procesos legales con el apoyo general de ciudadanos socialmente responsables.

En la escuela escandinava con exponentes como Axel Hägerström, Alf Ross y Karl Olivecrona se evalúa la eficacia de las normas jurídicas, después de todo el que las mismas cumplan su cometido debe ser una propiedad central del sistema jurídico, dándose énfasis a este hecho, por sobre la validez formal y el alcance axiológico. La letra muerta de los documentos o los prejuicios personales disfrazados de ética no aportan a la construcción del bienestar social.

En este sentido, el derecho es definido por las instituciones, el sistema, lo cual encuentra relación con la fuerza de las organizaciones sociales, las posturas de North sobre las razones de éxito de unos pueblos respecto de otros, pues de poco sirven altos recursos naturales sin las instituciones no cumplen su finalidad. Así mismo, ocurre con el sistema jurídico, que debe ser analizado en conjunto con los fenómenos, las conductas y los responsables de hacer reales los mandatos.

El derecho es un hecho social que se desarrolla en una sociedad, así las cosas, cobra total importancia esta escuela, pues evita que el derecho se aleje como una entidad abstracta e inalcanzable, cargada de tecnicismos y desprovista de conexión con el entorno al cual se debe,

4.2.3. Positivismo. Validez y operación hipotético-deductiva

Para el positivismo las normas tienen vida propia, la idea de la validez implica que es o no parte del sistema jurídico, busca una aproximación epistemológica de carácter neutral axiológicamente en el estudio del derecho. En este sentido la ciencia jurídica tiene por objeto las normas jurídicas positivas con independencia de su bondad o su maldad. De tal suerte que el objeto de estudio es el derecho en si, tal cual es, no como debería ser.

El espíritu mismo del positivismo se centra en la idea de que el derecho tiene vida propia, condicionada a la cadena de validez y que tanto la moralidad como la realidad son verdades diferentes a los prescrito en los mandatos, siendo estos neutrales y superiores a las opiniones en el Estado de Derecho.

Al abordarse el estudio doctrinal al respecto encontramos una diversidad de escuelas desde la perspectiva de la teoría en la ciencia del derecho (De Vega, 1998), partiendo de las diversas posturas del concepto mismo de Constitución con doctrinas que varían, desde el positivismo estatal de Jellinek (1991) con una clara percepción en la estructura de la validez del Estado por encima del derecho, al positivismo jurídico de Hans Kelsen (1962) y su idea del derecho por encima del Estado, más aún, de aquel como creador de este, pasando por el positivismo político de Schmitt (1996), es decir con prioridad de la soberanía.

En todo caso es importante dejar claro que positivismo y exegesis son categorías diferentes, *“lo propio del saber no es ni ver ni demostrar, sino interpretar”* (Kelsen, 1962) es evidente que una referencia a un artículo o a una sentencia poco dice del alcance normativo en el sistema de derecho, en tal sentido, serán los alcances fijados por el derecho viviente, los imperativos supremos del ordenamiento, la armonía derivada de la sistematicidad y la concreción la que definan ese Deber Ser que es la norma jurídica.

Que es derecho para hart

Interpretar un artículo constitucional para darle aplicación al derecho a la vida, sigue siendo aplicación de la norma positiva, pero esta, por ser compuesta por normas abiertas requiere interpretaciones más completas, que la mera gramática.

Ahora bien, el objetivo de esta perspectiva es definir que ingresa y que no en el ordenamiento jurídico, y en ese sentido es que debe entenderse la validez, por lo tanto, decisiones de nulidad, inexecutable, o inconvencionalidad sin auténticos actos de eliminación de la validez de una norma o de una conducta.

4.2.4. Naturalismo. La justicia y el permanente debería ser

La idea del iusnaturalismo se centra en que el sistema jurídico debe concurrir con un dogma superior, sean valores, creencias religiosas o la soberanía

popular, estando en todo caso supeditado el derecho a esta idea *existente de forma natural*.

En el naturalismo mitológico, que se ve en Sófocles en su discurso sobre los derechos naturales en la Antígona, el idealismo Platónico con la idea de justicia en el *Topus Uranos*, naturalismo teológico de San Agustín y Santo Tomás en la escolástica, el naturalismo racionalista del contractualismo en Rousseau para quien “*La fuerza es una potencia física, y no veo que moralidad pueda resultar de sus efectos. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad no de la voluntad; cuando más, puede ser de prudencia.*” (1990. Pág. 27) y en la “*idea de la fuerza del poder constituyente como el creador del documento superior que organiza al Estado*” Sieyes (1994).

Estas ideas serán desarrolladas con la organización del iusnaturalismo por Stambler y planteadas en el imperativo categórico de Kant, fundamento de la dignidad humana, los derechos fundamentales y los derechos humanos (Higuera, 2015). El espíritu del iusnaturalismo será reivindicado contemporáneamente en la idea de principios que se puede ver en Finnis y Dworkin.

En esta causa sobre la justicia, podemos ver como Platón ordena las tres almas, la racional, la concupiscible e irascible. La justicia “*consiste en hacer cada uno lo suyo*”, nos dice, lo cual está enmarcado en una sociedad organizada de manera jerárquica y seccionada, a la forma del mito del caballo alado, en los roles de hombre de bronce, plata y oro, los cuales representan las virtudes que vienen de la justicia, es decir, la valentía, la templanza y la prudencia, respectivamente, en los roles propios de los soldados, los comerciantes y los filósofos.

Esta expectativa de a cada uno lo suyo (deontología) se muestra en contra de la idea de Trasimaco para quien la justicia es la voluntad del más fuerte, y la de Glaucon según la cual es un consenso de opiniones, a lo que responde con la sagacidad de siempre Sócrates formando el memorable dialogo de la Republica (Platón, 2010).

Por supuesto la idea misma de que *es* y como *conocer* la justicia es aún digna de debate, las posturas de Glaucon o Trasimaco aun regresan a nuestras reflexiones, así bien referenciaba Pascal. “*La justicia sobre la fuerza, es la impotencia, la fuerza sin justicia es tiranía (...) No habiendo podido lograr que lo justo fuese fuerte, hemos hecho que lo fuerte sea justo*”. (Pascal, 1999).

Evidentemente existe una alta dificultad para asir la idea misma de justicia, bien mencionaba Nitché en “más allá del bien y del mal”, que muchos dogmas son prejuicios y valoraciones subjetivas disfrazadas de dogmática. En la indiscutible dificultad de identificar un principio abstracto, universal e inmutable.

El conflicto lo planteamos en términos según los cuales “Si su justicia y mi justicia son diferentes ¿cual tiene la razón?”. Creer en que existe un valor incontrovertible que define que es y que no es derecho, presenta indudables dificultades, ¿Quién define esos valores? ¿es posible contradecirlos? ¿Qué pasa si tenemos opiniones diferentes sobre lo que es justo?

Cualquiera desea el bien para sí y para los suyos, una mejor sociedad, sentencias justas, son hechos incontrovertibles, pero no se debe negar la dificultad conceptual, ni la incertidumbre. Es por ejemplo el caso de los extremos las ideas del libertarismo en Robert Nozick y las de justicia distributiva en Jhon Rawls, ambas se presentan como argumentadas estructuras de la idea de la justicia. Retributiva y distributiva.

El camino de Caribdis, si quien define que es justo, es ético, centrado, conocedor, empático, e integro, seguramente la decisión será justa, pero si definir qué es lo correcto depende de quién carece del espíritu necesario, nos encontraremos en el peor de los escenarios. La idea del juez Hercules que plantea Dworkin, como capaz de definir el principio adecuado en el momento de resolver un caso y siempre encontrar la respuesta correcta, olvida que muchos jueces son también Ificles, y que por motivos, internos, exogenos o de transparencia, no son igual de infallibles.

Lo acalorado del debate no impide, al contrario, justifica, que del mismo deba desarrollarse un estudio, así encontramos como ejemplo el famoso caso de los exploradores de cavernas de Lon Fuller como herramienta de debate sobre la influencia de la escuela en la decisión y los límites morales a la hora de resolver un caso. (sobre el mismo volveremos más adelante).

Estas dificultades no impiden que el discurso de la justicia o la validez deóntica, lleve una idea de irradiación a proscribir determinadas conductas en cualquier caso, sí una categoría normativa escapa al respeto debido al imperativo categórico traducido en la idea de Dignidad Humana debe ser considerada antijurídica, de poco importa si una ley autoriza los campos de concentración o una orden administrativa ordena violar derechos humanos mediante torturas como en el estatuto de seguridad, pues carecen de condiciones mínimas de validez para consideradas en su integralidad como auténticamente derecho (Higuera, 2015).

Tales límites de las conductas proscritas por el estatuto de Roma, como el genocidio, la agresión, los crímenes de lesa humanidad o la violación del DIH, existen a pesar de que un régimen en formalismo positivista intente justificarlos. Así mismo el régimen de derechos humanos, reconocido en la convención interamericana de derechos humanos enmarca ese mínimo de moralidad en que se debe soportar el sistema de derecho (Radbruch). Tal vez este acuerdo de régimen universal de derechos humanos y mínima moralidad que toda institución debe tener pueda sentar las bases de comunidades más justas, aunque no sepamos siempre que es lo justo un acuerdo sobre lo fundamental es necesario en nuestras organizaciones, algo recuerda al buen Glaucon.

La justicia, entendida como dar a cada cual lo que merece un lugar especial en nuestro pensamiento, pero no debemos convertirla en una especie de fórmula mágica que con pronunciarse arroja cualquier resultado, según convenga a quien la alegue. Es la meta del ordenamiento jurídico, el verdadero horizonte, a donde se apunta, aunque nunca se llegue plenamente.

Las justicias, retributiva, restaurativa y distributiva.
El discurso de la justicia o la validez deóntica,

Platón <https://www.youtube.com/watch?v=ysr6JeTv9EY>.

Aritoteles

Jhon Rawls

Robert Nozick

Dowrikin

Derrida en el siglo y el perdón analiza sudáfrica. Perdonar para no hacer justicia. Per (total) y don (dar) dar totalmente. No se puede exigir, porque se está mercantilizando.

4.3. Adecuación metodológica a la respectiva tipología

4.3.1. Adecuación metodológica

El desarrollar un proyecto de investigación debe tomarse con seriedad, se trata de demostrar capacidad para estudiar un tema a profundidad de una manera objetiva y argumentada, por eso las propuestas o recomendaciones solo deberán derivarse de demostraciones dadas coherentemente en el trabajo, más aun, el trabajo por sí mismo derivará su fuerza de la coherencia que presente entre metodología, problema, hipótesis, desarrollo y conclusión.

Recordemos que método y metodología son dos conceptos diferentes. El método es el *procedimiento*, camino o medio, para lograr los objetivos, es decir la forma de proceder para llegar a la meta, mientras que la metodología es el *estudio del método*, la cual podemos desarrollar con características propias en cada proyecto, pues analiza la forma de proceder del investigador y sus técnicas.

Así, si el proyecto es de tipo empírico, necesariamente debe haber trabajo de campo o alguna otra forma de corroboración fáctica, mal podríamos preguntarnos por la eficacia de una medida del gobierno, haber delimitado el tiempo y el espacio y no verificar con pruebas tangibles lo analizado. Si, v.g. realizamos un proyecto sobre los impactos de la ley de víctimas en la población de determinado municipio en los últimos 4 años su calidad vendrá de la forma en que evaluemos la transformación de la realidad, los puntos de referencia, los soportes y la forma en que acreditemos la impresión de los

hechos. En este sentido, las encuestas, modulaciones, etnografías, índices, o cotejos documentales, son actividades metodológicas inherentes a esta tipología.

En materia de proyectos normativos, mal puede hacerse una pregunta sobre eventuales responsabilidades del estado y ceñirnos a una cita o un artículo, (o centrarnos en datos estadísticos) sin hacer un análisis de tendencias de decisión, identificar una *ratio deciedi* o un principio general de derecho que sea analógico, como en un caso así lo sería el daño especial o la falla en el servicio. En cambio, en un proyecto sobre la eventual responsabilidad del estado por actos terroristas debe llevar un método de hermenéutica deductiva, construcción de líneas jurisprudenciales, tendencias de decisión, subsunción de principios, alcances mediante teología del artículo 90 de la Constitución, implementación armónica del 93 y sistemática de la regla de sostenibilidad fiscal.

En un proyecto de tipología propositiva, no es coherente formular una pregunta filosófica sin desarrollar un sistema de pensamiento y mal puede hacerse una propuesta sobre políticas públicas sin realizar un expediente de experiencias exitosas. Si lo que queremos es plantear una estrategia contra los acosos laborales, debemos tener claridad de las conductas que lo constituyen, circunstancias en que más se dan, implementaciones exitosas, formas más eficientes de divulgación, responsables de la puesta en marcha, insumos necesarios, metas esperadas, actores relevantes, experiencias satisfactorias en casos aplicables y en general de las condiciones para su éxito.

A continuación, veremos ejemplos de las respectivas metodologías aplicadas en proyectos de investigación. La eficacia de las normas de restablecimiento de derechos en población rural (socio-empírico), el control de constitucionalidad en las reformas a la constitución (normativo), el impacto de las teorías del derecho en los casos difíciles y la propuesta de política pública de educación (deóntico).

4.3.2. El caso de la eficacia en las medidas de protección para el restablecimiento de derechos en el campo

Dado que todos los fenómenos del mundo objetivo y subjetivo están necesariamente ubicados en determinaciones espacio -temporales, resulta imposible para su estudio, aislarlos de estas condiciones; por tanto, debe constituir una exigencia de toda investigación científica precisar el espectro de análisis.

Ya Pitágoras llamo la atención sobre la importancia de la determinación cuantitativa de los fenómenos en el proceso de conocimiento, al considerar los números como esencia de todas las cosas, en contraposición a los milesios, que habían intentado encontrarla en elementos cualitativos ya fuesen concretos sensibles como el aire (Anaximenes) el agua (Tales), el fuego (Heraclito) o abstractos como el apeiron (Anaximandro).

La determinación cualitativa es la que posibilita caracterizar a un hecho, un fenómeno, un proceso, que lo diferencia de manera esencial de otros algo similares a él. La cualidad, sencillamente, es lo que define que algo sea lo que es y no otra cosa.

El caso del estudio: Eficacia de la política de derechos humanos para el campo 2016-2017. (Higuera, Hernández, & Archila, 2018) se planteó la Metodología. *“Basados en Guerra García (2011), el estudio que se adelanta mediante el procedimiento socio-jurídico, pretendiendo abordarla desde un enfoque mixto (cuantitativo y cualitativo), en el cual se tendrá un método interdisciplinar -no dogmático- en el que se aspiran relacionar componentes analítico-descriptivos y deductivos”*.

En un primer lugar se tomaron categorías de análisis sobre los posibles efectos de decisiones jurídicas fijadas por la doctrina. (Rodríguez, 2010)

CUADRO 1.
TIPOS Y EJEMPLOS DE EFECTOS DE LAS DECISIONES
JUDICIALES

	DIRECTOS	INDIRECTOS
INSTRU- MENTALES	Diseño de política pública ordenada por sentencia.	Formación de coaliciones activistas para incidir en el tema de la sentencia.
SIMBÓLICOS	Definición y percepción del problema como violación de derechos.	transformación de la opinión pública sobre la urgencia y gravedad del problema

Cuadro 1. (Rodríguez, 2010)

Basándonos en estas categorías fijamos las diferentes formas de eficacia de las medidas jurídicas, clasificándolas en materiales directas, materiales indirectos, simbólicas directas y simbólicas indirectas, identificando que conductas se encuadran en determinada forma de impacto.

CUADRO 2.
EFICACIA DE LAS MEDIDAS JURÍDICAS.

	DIRECTOS	INDIRECTOS
MATERIALES	RESPECTO POR EL DERECHO FUNDAMENTAL. Justicia retributiva Apoyo social Generación de espacios colectivos. Justicia distributiva.	CONSOLIDACIÓN DE EFECTOS INSTRUMENTALES: Políticas públicas. Desarrollo institucional Asociaciones. Representatividad.
SIMBÓLICOS	RESPECTO ABSTRACTO Actos simbólicos de restauración. Perdón público. Actos de verdad histórica Desarrollo simbólico cultural.	CONSOLIDACIÓN DE UNA CULTURA DE RESPETO POR EL DERECHO. Visibilidad institucional Cubrimiento mediático Percepción social Generación de una opinión consolidada.

Cuadro 2. (Higuera, Hernández, & Archila, 2018)

Tomando como guía las categorías y los contenidos fijados, realizamos el estudio empírico con el cual se pudo identificar estadísticamente a la población víctima, del total resaltamos la población víctima de usurpación de tierras en su respectivo porcentaje, tomando como fuente la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Víctimas registradas en Colombia

7.675.032 (marzo de 2017)

Víctimas a Nivel Nacional por Hecho victimizante.

HECHO	PERSONAS
Abandono o Despojo Forzado de Tierras	8.432
Acto terrorista/Atentados/Combates/ Hostigamientos	85.660
Amenaza	258.331
Delitos contra la libertad y la integridad sexual	11.037
Desaparición forzada	158.793
Desplazamiento	6.414.700
Homicidio	953.730
Minas antipersonal/Munición sin explotar/Artefacto explosivo	13.305
Perdida de Bienes Muebles o Inmuebles	96.627
Secuestro	40.577
Sin información	40
Tortura	9.617
Vinculación de Niños Niñas y Adolescentes	7.738

Cuadro 3.

FUENTE: Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Total Nacional



Ilustración 3

FUENTE: Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Y de ese porcentaje se identificaron las víctimas en Boyacá por tipo de hecho victimizante

HECHO	PERSONAS
Acto terrorista/Atentados/Combates/Hostigamientos	381
Amenaza	2.100
Delitos contra la libertad y la integridad sexual	86
Desaparición forzada	1.841
Desplazamiento	26.885
Homicidio	7.823
Minas antipersonal/Munición sin explotar/Artefacto explosivo	101
Perdida de Bienes Muebles o Inmuebles	983
Secuestro	524
Tortura	98
Vinculación de Niños Niñas y Adolescentes	113

Ilustración 4

FUENTE: Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas

BOYACA



Ilustración 5

FUENTE: Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Tras la corroboración de datos y verificados los procesos de implementación se pudo verificar el impacto en los programas de reparación de víctimas en materia de despojo de tierras.

CUADRO 4.
EFICACIA DE LA REFORMA RURAL INTEGRAL.

	DIRECTOS	INDIRECTOS
MATERIALES	Terminada la primera fase de la ley 1448 de 2011 no se han materializado.	Avances formales en presencia del 98% de municipios.
SIMBÓLICOS	Actos menores Cooptación política. Falta de iniciativas concretas.	Negación. Histórica y mediática. Existencia de una base de identidad.

Cuadro 4. (Higuera, Hernández, & Archila, 2018)

Con el descrito proceso de análisis sobre la eficacia de las medidas evidenciamos que las mismas arrojan resultados diferentes, con aportes institucionales indirectos y herramientas directas necesarias, pero que dados los actos simbólicos de los opositores a los derechos de las víctimas, los mismos no llegan a consolidarse, así parece necesario un Nuevo Estado de Cosas Inconstitucionales, “las cuales deben ser optimizadas para que puedan desarrollarse y lograr los efectos deseados, y así ir cerrando ciclos que versan sobre la violación masiva de derechos a la población desplazada en Colombia” (Higuera, Hernández, & Archila, 2018), del cual se pueden formular ordenes más específicas que permitan aumentar el impacto de los efectos pendientes, y aprovechar lo logrado en los demás derechos, así mismo dados los logros indirectos materiales, pero los pocos efectos directos, es evidente que es necesaria una prórroga de los derechos de víctimas, una mayor capacidad institucional y una apertura democrática ante la cooptación de que pueden ser victimas los espacios de consolidación de derechos.

4.3.3. Un estudio sobre una problemática en el control de constitucionalidad, el caso de los juicios por sustitución de la Constitución

En el trabajo “elementos argumentativos e interpretativos en la doctrina de la sustitución de la constitución en Colombia” se analizaba la validez de la competencia de la Corte Constitucional para controlar en inexecuibilidad los actos reformativos de la Carta Magna.

Así se planteó la siguiente Metodología: *“El presente estudio de orden jurídico-normativo (...) se realizará mediante una metodología hermenéutica-deductiva; tratándose de un trabajo de estudio jurisprudencial, en el cual extraeremos la doctrina de la Corte Constitucional mediante la metodología de líneas jurisprudenciales para realizar el análisis dinámico de esta doctrinal”*. (Higuera, 2016)

Para establecer el manejo dado a la problemática por la jurisprudencia se realizaron varias líneas jurisprudenciales, con el objetivo de no depender de

un solo punto arquimédico y así verificar las coincidencias en diferentes nichos citacionales

Nicho citacional con la sentencia C-574 de 2011 como punto de apoyo.

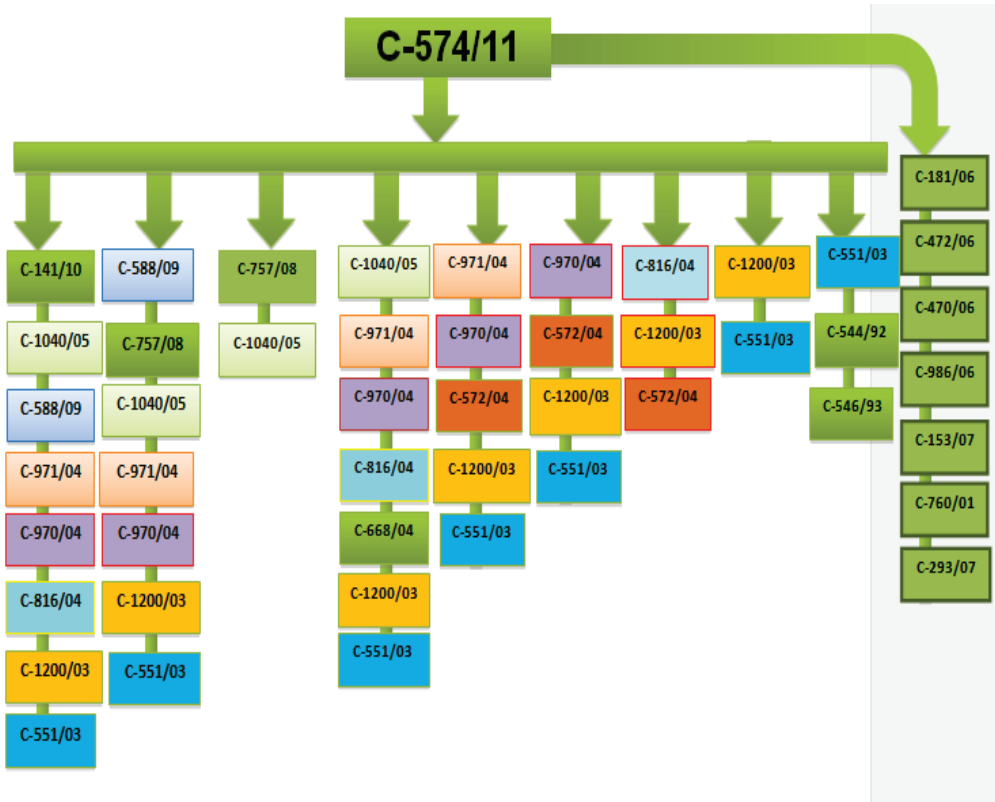


Ilustración 6
Fuente: Diseño del autor

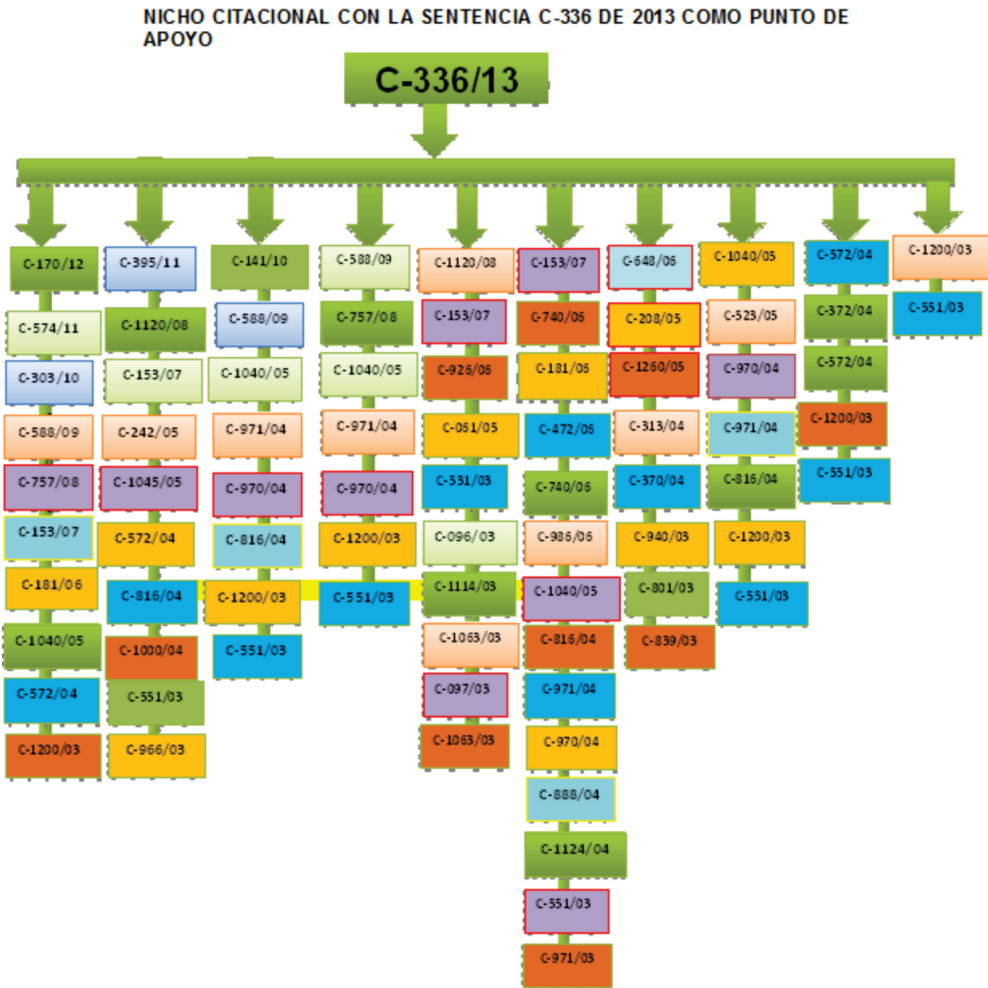
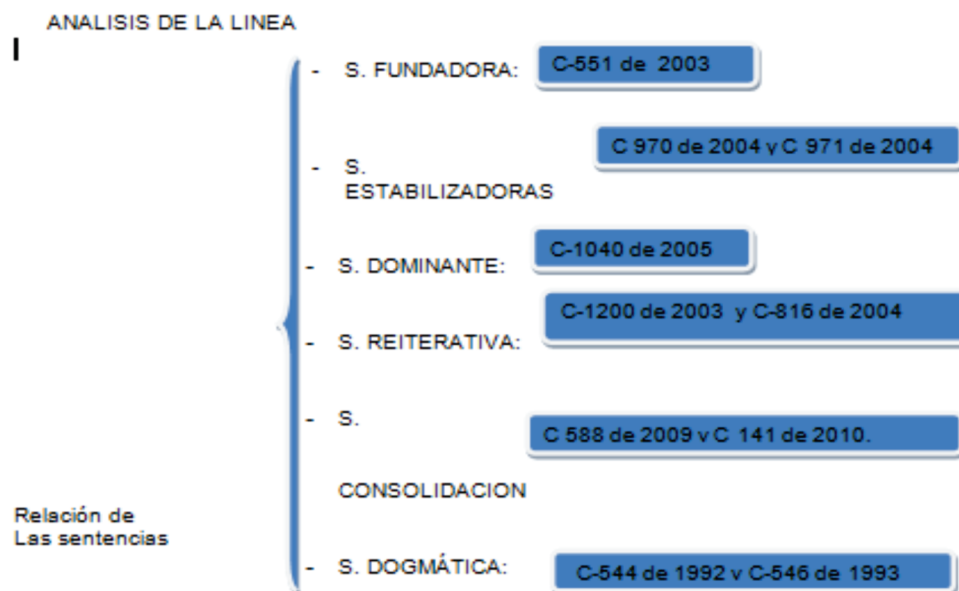


Ilustración 7
Fuente: Diseño del autor (Higuera, 2016)

Una vez identificadas las sentencias las mismas se organizaron según su tipo.



Cuadro 5
Fuente: Diseño del autor (Higuera, 2016)

Realizado el estudio dinámico de la jurisprudencia se pudo establecer la tendencia de decisión en la Corte Constitucional, lo cual graficamos en la línea del *decisum*.

Posteriormente al profundizar en un estudio en cada una de las sentencias mediante un análisis estático, se planteó como pregunta intermedia si ¿Existe competencia y deber de análisis de los cargos formulados con ocasión de una imputada sustitución a la Constitución en el caso colombiano?, arrojándose el siguiente resultado.

SUSTITUCIÓN			SUSTITUCIÓN		
SI			NO		
¿Corresponde a la Corte Constitucional decidir en todos los casos sobre la sustitución constitucional de manera oficiosa, teniendo en cuenta su función de guardiana de la Constitución?			¿Existe competencia en sede de la Corte Constitucional para ejercer control de constitucionalidad por sustitución de la Constitución?		
Tesis 1		Tesis 2	Tesis 1		Tesis 2
En el control automático sobre referendos constitucionales, oficiosamente debe estudiar si se presenta o no el fenómeno de sustitución constitucional, asimismo en las demandas contra actos reformativos de la Carta, debe decidir sobre el cargo de sustitución; siempre y cuando esté correctamente formulado	*C-551/03	No se hace necesario realizar el juicio de sustitución constitucional, cuando la Corte observe la ocurrencia de vicios de trámite en estricto sentido, toda vez que la conclusión será la inexistencia de la norma objeto de juzgamiento.	La Corte conoce de los procesos por vicios de procedimiento y NO ES explícita en aceptar o rechazar las causas por vicios competenciales	*C-222/97	La Corte conoce de los procesos por vicios de procedimiento y Es explícita en rechazar las causas por vicios competenciales
	*C-1200/03			*C-387/97	
	*C-816/04			→ *C-543/98	
	*C-970/04				
	*C-971/04				
	*C-1040/05				
	*C-588/09				
	*C-141/10				
	→ C-397/10*				
	*C-574/11				

Cuadro 6
Fuente: Diseño del autor (Higuera, 2016)

Del desarrollo de la línea se pudo concluir que: Consideramos, siguiendo a Aarnio (1997), que no existe una única respuesta a un problema jurídico, más aun cuando se trata de casos difíciles, en este orden de ideas la D. I. S. debe ser entendida como una respuesta a las exigencias de la tensión existente entre el principio democrático y la supremacía constitucional, la cual posee una estructura argumentativa e interpretativa compleja y sólida, si bien es falible con contraargumentos y contra posturas e incluso es posible que se llegue a instrumentalizar la D.I.S. como puede pasar igualmente con

el abuso de los poderes democráticos, después de todo un sistema jurídico se encuentra pasivo a la espera de su activación con ocasión de un caso concreto, por lo que no existe *a priori* ninguna respuesta infalible.

En ese sentido hemos evidenciado lo razonable del manejo jurisprudencial en nuestro análisis dinámico de la jurisprudencia, quedará por verse en el caso concreto mediante el estudio estático de la jurisprudencia si un determinado fallo es o no razonable en aplicación de la doctrina jurisprudencial y la respectiva *ratio decidendi* de la doctrina de la inconstitucionalidad por sustitución. (Higuera, 2016)

4.3.4. *Dos experiencias deónticas, la conceptual y la crítica-práctica*

Si en un análisis deontológico analizamos como *Deberían ser las cosas*, en este se incluye, por supuesto, el entendimiento de los hechos y conceptos, en tal sentido la pregunta por el derecho, sus formas y alcances está en el centro de la problemática.

El caso de los exploradores de cavernas es un ejercicio de teoría del derecho, planteado de la siguiente forma: En el año 4300 la Suprema Corte de Newgarth debe decidir el caso de cinco condenados a la horca, por el tribunal del condado de Stowfteld y aunque los hechos están probados el debate se da desde la perspectiva de la aplicación de la ley.

En este caso (hipotético, que no exento de realismo), un grupo de cinco exploradores quedan atrapados de forma inamovible en el interior de una caverna. Habían llevado escasas provisiones, y en la caverna no encuentran recursos animales o vegetales que les permitan sobrevivir.

Tras un mes las fuerzas de rescate logran remover los escombros y rescatan a los espeleólogos pero durante el encierro uno de ellos fue asesinado y comido por sus compañeros.

El texto, de obligatoria lectura en la formación jurídica, representa el examen que hacen los cinco integrantes de la Suprema Corte al conocer el

caso, siendo evidente que cada uno personifica una distinta perspectiva de lo que es -en sí- el derecho, cuestión que impacta la opinión sobre la culpabilidad o no por el delito de homicidio.

El punto de vista del juez

Magistrado	Escuela	Veredicto
Keen	Iuspositivismo	Culpables
Truepenny	Textualismo; Escepticismo ético / positivismo lógico	Culpables
Tatting	Doctrina del razonamiento con la moral.	Renuncia su voto
Foster	Derecho Natural	Inocentes
Handy	Realismo jurídico	Inocentes

Cuadro 7

Las conclusiones y el final del caso (si se ejecuta o no a los procesados), no los compartiré, para respetar el valor literario de la obra e invitar a que se lea esta pieza clásica del derecho.

En todo caso es un ejemplo de cómo se analizan los límites de los sistemas de pensamiento y nos invita a reflexionar sobre el cómo deberían ser entendida la aplicación de las reglas jurídicas.

Las propuestas también pueden ser para aplicaciones institucionales, como en el escrito “*el derecho a la educación: elementos, alcance y retos*” parte de la investigación sobre “*políticas públicas y derechos humanos en Colombia*” (Higuera y Sánchez, 2018).

En el proyecto se realizó un estudio mediante delimitación de contenidos del núcleo esencial del derecho fundamental analizado, es decir, la descripción de los imperativos desde el régimen universal de derechos humanos, el

sistema regional, las ordenes fijadas por el tribunal constitucional, los mandatos de orden legal, las competencias regionales y locales, para establecer el verdadero mandato del derecho fundamental.

Lo anterior nos permitió identificar la lista de contenidos del derecho fundamental a la educación en los mandatos de, disponibilidad, acceso, permanencia, calidad, e integralidad, tras procedimos a cotejar con las políticas nacionales, departamentales y municipales la respuesta pertinente a estos contenidos (Higuera y Sánchez, 2018, pág. 61).

Evidenciando la falta de respuesta del Sistema educativo a los imperativos del derecho fundamental, se concluyó, tras un estudio comparado de los sistemas educativos más conocidos por su fortaleza que se requiere una medida estructural de atención a la educación, en los siguientes principios.

En ella se llega a la Propuesta Estructural en Materia Educativa en Colombia, estructurándola así: “5.1. *Perspectiva estatal – institucional*. 5.2. *Perspectiva política*. 5.3. *Ajuste pedagógico y académico*. 5.4. *Calidad en la docencia*. 5.5. *Inversión educativa*. 5.6. *Cambio cultural*. 5.7. *Efectividad legislativa* y 5.8. *Pertinencia e integralidad ante los retos contemporáneos*”. (Higuera y Sánchez, 2018. P)

4.4. Conclusiones

Las practicas sociales, en lo que se definió como arqueología del saber, enmarcan nuestra episteme histórica, bien muestra Foucault (1978) una reflexión muy interesante sobre nuestra forma de entender el mundo, sobre el lenguaje divino de la biblia, la pretensión de representación del objeto en los clásicos y la arbitraria consensualidad contemporánea, así la ciencia y la arqueología del saber se mueven en las diferentes epistemes. Localizando las actuales ciencias sociales en discurso de empirismo, validez y axiología.

Evidentemente, no debemos caer en el cartesiano-prisión, que niega reacciones dialógicas, como las pertinentes teorías del positivismo con apertura a la axiología (Alexy), de la concreción de las disposiciones en la

realidad (Hesse), de la relación fenoménica del programa y el ámbito normativo (Muller), los alcances de la estructura de la argumentación (Atienza; Feteris) o el rol de las instituciones emotivas (Arango).

Pero las clasificaciones tradicionales nos dan una referencia inicial en la cual avanzar con orden analítico en nuestras causas intelectuales. Después de todo es necesario un optimismo epistemológico (confianza en la posibilidad de conocer) para que el investigador aborde la exigente causa de aportar en el conocimiento novedoso y útil a la humanidad. *“La convicción de que el conocimiento científico es a pesar de su falibilidad, uno de los mayores logros de la racionalidad humana, y que mediante el uso libre de nuestra razón siempre falible podemos comprender, no obstante, algo acerca del mundo y, tal vez incluso cambiarlo para mejorarlo”* (Popper 1997, Pág. 14).

Los logros de la humanidad vienen del rol des alienante, emancipador de nuestra relación constructiva con el conocimiento, el pensamiento filosófico y la ciencia posibilitaron el desarrollo de la civilización y la cultura, en el hogar, la academia y la empresa, siendo ahora más necesario que nunca ese rol reivindicador y dignificante.

Se sostiene con acierto, que en la ciencia se busca el fuego del Olimpo que Prometeo trajo a la humanidad, cada uno reconstruye un pedazo del espejo roto que es el conocimiento, en busca de esa llama esparcida en la tierra y recolectada por pequeñas partes es nuestro camino. Pero también es nuestro disco de Sísifo, así como el condenado por su astucia de engañar a los dioses, a siempre llevar una roca hasta la cima de la montaña para que cayera sobre él. El estudioso realiza sus esfuerzos, para al culminar solo tener la posibilidad de iniciar de nuevo, en una lucha constante, en el mérito del esfuerzo y el camino. Como dijo Camus. “Imagino a Sísifo dichoso”.

4.5. Bibliografía

- Aarnio, Aulis. (1991). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre justificación jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alflen Da Silva, Kelly Susane. (2006) *Hermenéutica Jurídica y Concreción Judicial*. Bogotá, Editorial Temis S. A.
- Alexy, Robert. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo- Centro de Estudios Constitucionales. 1989. 2ª Edición.
- Arango Rivadeneira, Rodolfo. (2011. 1.). Emociones y transformación social. *Logos*, 199-212
- Atenas, Aristocles de, Apodado Platón. (2010) *Diálogos*. Argentina. Editorial Reysa S.R.L, abril del 2010.
- Atienza, Manuel. (1997). *Derecho y argumentación*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, Norberto. (1997). *Teoría General del Derecho*. Bogotá. Temis.
- Borges, Jorge Luis (1976). El Idioma Analítico de John Wilkins, Otras Inquisiciones. Alianza; 3 edition.
- Brown.H. (1983). La nueva filosofía de la ciencia Madrid: Editorial Tecnos, S.A.
- Falcón Y Tella María. (1994). *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Madrid. Universidad Complutense de Madrid.
- Faralli Carla, (2007). *La filosofía del derecho contemporánea. Los temas y desafíos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Ferrari, Vincenzo. (2004). *Derecho y Sociedad, Elementos de sociología del derecho*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

- Foucault Michel. (1978) *Las palabras y las cosas*. Madrid: Siglo XXI.
- Foucault Michel. (2002). *La Hermenéutica del Sujeto*. México D.F. Fondo de Cultura Económica.
- Foucault Michel. (2008). *Historia de la locura en la época clásica*. México D.F. Fondo de Cultura Económica.
- García Villegas, M. (2000) *Estado, Derecho y Crisis en Colombia*. En: Colombia. Estudios Políticos ISSN: 0121-5167. Medellín. ed: Universidad De Antioquia v.17 fasc.,.
- Guadarrama Gonzales Pablo. *Cultura y educación en épocas de globalización posmoderno*. Bogotá. Magisterio. 2005.
- Guerra García, Yolanda M., "Narrativa y ciencia". En: Colombia Hallazgos ISSN: 1794-3841 ed: Departamento Publicaciones Universidad Santo Tomas v.12 fasc.1 p.100 - 120 ,2011.
- Habermas. *Facticidad y validez, Sobre el Derecho y el Estado Democrático en Derecho en términos de teoría del discurso*. trad. M. Jiménez. segunda E. Madrid. Trotta. 2000.
- Habermas, J. (1987a), *Théorie de l'agir communicationnel*, París: Fayard, 2 tomos [1981].
- Habermas, J. (1987b) *Teoría de la acción comunicativa*, Buenos Aires: Taurus
- Hauriou, Maurice. "*Derecho constitucional e instituciones políticas*", Barcelona, Editorial Ariel, 1971.
- Higuera Jiménez, D. M. (2015). *Protección de la dignidad humana: Control de Constitucionalidad e implementación de mecanismos internacionales* Editorial Ibáñez ISBN: 978-958-749-475-4 V. 1000. P. 202. Bogotá, 2015.

- Higuera Jiménez, D. M. (2016). *Análisis dinámico de la línea jurisprudencial respecto de la sustitución de la constitución*. Bogotá. Revista Principia 26
- Higuera Jiménez, D. M. Y Sánchez Cubides, P. A. (2019) Políticas Públicas y Derechos Humanos en Colombia. ed: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez
- Higuera, D. M., Hernández, O. & Archila, J. (2018). (Comp.). *Las políticas públicas en los derechos de las víctimas: Efemérides de los derechos desde la restitución de tierras y la dualidad respecto a la sostenibilidad fiscal*. Colombia, Sello Editorial Coruniamericana. Barranquilla.
- Homero, la Odisea, cantos 80 y 10, tomado de http://www.odisea.com.mx/Texto_y_comentarios/Canto_xii/Canto_xii.html el 28 de noviembre de 2008.
- Jellinek, Georg. (1991) Reforma y mutación de la constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Kant, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Descargado de http://www.librodot.com/searchresult_author.php?authorName=K.. 2007.
- Kelsen, Hans. (1962) *Teoría pura del derecho*. Paris. Dalloz.
- Klug Ulrich. (1990) *Lógica jurídica, Prologo a la cuarta edición, alemana de 1982*. Bogotá. Editorial Temis.
- Lassallé, Ferdinand. (2005). *¿Qué es una Constitución?* Bogotá. Temis.
- López Cadena, C. (2009) *Aproximación a un concepto normativo de mutación de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, publicado 4 de mayo de 2009.

- López Medina, D. (2002). *Manual de Interpretación Constitucional*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Luhmann, N. (1984) *Soziale Systeme : Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p
- Merkel, “*Die monarchische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre*”, *Schweizerische Juristenzeitung*, 1920, Heft 4, citado por P. PERNTHALER, “*Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie*“, *VVDStRL*, 25 (1967), P. 96. Igualmente: WEYR. F., « *La doctrine de M. Adolphe Merkel* », *Rev. int. de theorie du Droit*, 1926, n° 28 (1-2), P. 215 et s.
- Mortati, Constantino. (2000) *La constitución en sentido material*, Madrid, Centro de Estudio constitucionales.
- Popper. (1997) *El mito del marco común. En defensa de la ciencia y la racionalidad*. Barcelona: Paidós
- Raz, J., Alexy, R., Bulygin, E, (2007) *una discusión sobre la teoría del derecho*. Madrid. Marcial Pons Editorial Jurídicas y Sociales S. A.
- Romano, Santi. (1945) *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, en *principi di diritto costituzionale generale*, Milano.
- Ross, Alf. (1991) *Sobre la Auto referencia y un difícil problema de derecho constitucional*, en el *Concepto de Validez y otros ensayos*, México, Fontamara.
- Rousseau, Jean Jaques (1990) “*El contrato Social*”, Madrid Alianza editorial.

- Schmitt, Carl. (1996) *La teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza.
- Smend, Rudolf. (1985) *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Sieyes, Emmanuel, (1994) *¿Que es el tercer Estado?*, Madrid, Alianza editorial.
- De Vega Garcia, Pedro. (1998). *La Ciencia del derecho durante el siglo XX*, México. UNAM.
- Weber, Max. (2006) *Conceptos sociológicos fundamentales*. Barcelona. Editorial Alianza.
- Weber, M. (1963), *Le savant et le politique*, trad. fr. de J. Freund, París: Plon.
- Weber, M. (1965a), “L'objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociales”, en Max Weber, *Essais sur la théorie de la science*, trad. fr. de J. Freund, París: Plon, pp. 117-213 [1904].
- Weber, M. (1965b), “Essai sur le sens de la 'neutralité axiologique' dans les sciences sociologiques et économiques”, en Max Weber, *Essais sur la théorie de la science*, trad. fr. de J. Freund, París: Plon, pp. 399-477 [1917].
- Weber, M. (1993), *El político y el científico*, Madrid: Alianza Editorial [1967 en español].
- Weber, M. (2005), *La science, profession et vocation* (conférence de novembre, 1917), trad. fr. de I. Kalinowski, Marsella: Agone.
- Weber, M. (2012), “La objetividad cognoscitiva de la ciencia social y de la política social”, en Max Weber, *Ensayos sobre la metodología sociológica*, trad. de José Luis Etcheverry, Buenos Aires: Amorrortu.

Wittgenstein L. (1988) *Investigaciones filosóficas*, "*Philoso-phische Untersuchungen*", traducción de A. G. Suárez y U. Moulines, en: G. E. M. Anscombe y R. Rhees (eds.), México D.F. UNAM, Crítica.

5

Problematizando la neutralidad en la investigación sociojurídica. Perspectivas desde el análisis crítico del discurso jurídico

David Gerardo López Martínez

Resumen

En este trabajo se problematiza la neutralidad como elemento dorsal de la investigación sociojurídica. Acudiendo a apuestas epistemológicas provenientes de las Epistemologías del Sur Global, la Teoría Jurídica Crítica, a apuestas metodológicas provenientes de la investigación comprometida, la investigación-acción-participación, y la investigación anfibia, se sostiene que, en lugar de neutralidad, la investigación debe estar guiada por un compromiso profundo con grupos humanos subalternizados y con sus proyectos de empoderamiento, emancipación y transformación social. Esta tesis se conecta con lo que en nuestro trabajo investigativo hemos entendido como análisis del discurso jurídico en perspectiva crítica, especialmente del discurso jurisprudencial. Estos argumentos se desarrollan así: en una primera parte se problematiza la neutralidad en la investigación sociojurídica desde perspectivas metodológicas y epistemológicas. En una segunda parte se habla del análisis del discurso en perspectiva crítica. Y en una tercera, se esbozan algunos hallazgos de este método en nuestro trabajo investigativo. Conectamos teoría y práctica asumiendo que el análisis del discurso jurisprudencial en mirada crítica y no neutral, analiza cómo se



construye el mundo social desde el discurso jurídico, y a la vez está llamado a dar paso a la construcción de nuevos posibles que respondan a las crisis de nuestros tiempos.

5.1. Introducción

La investigación social ha sido convencionalmente construida desde la neutralidad. Una actitud desimplicada, libre de juicios de valor y sin entremezclamiento con el “objeto de investigación” ha sido dorsal para asignar a la investigación rigurosidad y credibilidad (Babbie, 2016). En la investigación sociojurídica esto ha sido similarmente concebido. Si no se asume una actitud neutral, la actividad investigadora perderá rigor, cientificidad y por tanto credibilidad. Por tanto, si se desconoce este mandato de neutralidad, en lugar de hacer investigación, se estaría en presencia de ideología, proselitismo o activismo político (Tamanaha, 1997).

No obstante, esta concepción ha sido rebatida también en la investigación social y sociojurídica, y la rigurosidad como fuente de credibilidad, se ha reconstruido. Esto ha ocurrido en escenario en los que la investigación interactúa con grupos humanos subalternizados. Esto parte de apelar que, ante todo, el investigador o investigadora es un sujeto político con responsabilidad histórica. En realidades trazadas por la injusticia, la desigualdad y la dominación, no cabe guardar una actitud neutral. Ser neutral realmente enmascara estas situaciones, y lejos de contribuir a su superación, las profundiza y afina aún más. Por esto en lugar de neutralidad, en la investigación social y sociojurídica, el investigador ha de guardar una actitud comprometida y de profundo involucramiento con los grupos subalternizados, y en consecuencia, trabajará en clave de contribuir al empoderamiento popular y la transformación social. Frente a la rigurosidad, esta es reconstruida por la actitud comprometida. El conocimiento generado será validado no por su neutralidad y distanciamiento, sino por lo válido que resulte a los grupos subalternos en materia de comprensión, empoderamiento, y acción. En suma, en que contribuya sus verdaderas necesidades (Kincheloe & McLaren, 2008; Lather, 2003).

Esta problematización de la neutralidad y reconstrucción de la rigurosidad pueden plasmarse en las apuestas metodológicas y epistemológicas de la investigación social y sociojurídica. Con ello, como planteamiento central del presente trabajo, sostenemos que en estos campos no debe defenderse la neutralidad como la espina dorsal tanto de la credibilidad como de la legitimidad de la actividad investigadora. Por el contrario, debe resaltarse la actitud comprometida con las preocupaciones de los grupos subalternos, así como con sus proyectos de empoderamiento, emancipación y transformación social. Esto se sustenta en apuestas metodológicas bidireccionales y de profundo compromiso (Borda, 2009), y enfoques epistemológicos funcionales a la dignificación de los pueblos, como son las epistemologías del sur global (Santos, 2016) y la teoría jurídica crítica (Wolkmer, 2017).

Conectando esta sensibilidad con nuestras experiencias investigativas, se conecta este planteamiento central con el ejercicio del análisis del discurso judicial en perspectiva crítica como una labor que no sólo busca develar los alcances del discurso jurídico, sino que le apuesta a proponer otros posibles siendo conscientes de las limitaciones y dificultades. En este orden de ideas, nuestro trabajo se distribuye de la siguiente manera.

En la primera parte, sentaremos nuestra posición sobre la actitud neutral del investigador en la investigación social y sociojurídica. Allí problematizaremos este concepto, y abordaremos los sustentos metodológicos y epistemológicos de tal actitud. Desde el punto de vista metodológico, tal problematización se referirá a metodologías que parten del profundo involucramiento con los grupos subalternizados y con el compromiso con sus proyectos de empoderamiento y transformación. Es el caso de la “escucha profunda” (Segato, 2016), que levanta la barrera entre sujeto y objeto para adentrarlos en un espacio de comprensión y contribución mutua. También el de la investigación-acción-participación (Borda, 2009), en el que la investigación es un escenario en el que de forma mancomunada se construye el conocimiento, y se desencadenan acciones en clave de transformación social. En la investigación sociojurídica ello se reflejaría en una actitud del investigador comprometida con las causas, e

incluso los riesgos, de los grupos subalternizados (Santos, 2018), y con el despliegue de métodos multifacéticos de construcción de conocimiento, divulgación, y acción (Rodríguez, 2013) (lo que implicaría articular la investigación académica con el activismo, por ejemplo).

Desde el punto de vista epistemológico, haremos breve mención a lo que entenderíamos como el sustrato epistemológico de una actitud no neutral y comprometida. Allí nos referiremos a las Epistemologías del Sur Global (Santos, 2016) como una apuesta por aprender de las lecciones de la lucha de pueblos en resistencia contra la opresión; a las transiciones hacia el pluriverso, como un caminar hacia posibles en los que se conciben realidades re-comunalizadas y des-egoizadas, y se de paso a la posibilidad de un mundo en el que realmente quepan varios (Escobar, 2018); a la Teoría Jurídica Crítica como un pensar y hacer del derecho hacia el desmonte de la colonialidad el poder y el saber (Wolkmer, 2017); y a la construcción de un derecho post-abismal como aquél construido y pensado para quienes han sido históricamente contruidos como no existentes, y ocupan el lado colonial de la sociabilidad en nuestra contemporaneidad (Santos, 2017).

En la segunda parte nos enfocaremos en conectar esta problematización de la neutralidad con nuestro ejercicio investigativo, la cual se ha enfocado en el análisis del discurso jurídico en perspectiva crítica. Acá, como aspecto principal metodológico de nuestro trabajo, nos referiremos a lo que entendemos por análisis del discurso en perspectiva crítica, que implicaría la identificación de la forma en que se construye el discurso a partir de la interacción de representaciones sociales, percepciones y versiones del mundo social, así como de las relaciones de poder en las que unas representaciones son subalternizadas por otras (Wodack, 2007). Esto lo conectaremos con el análisis del discurso jurídico desde la trascendencia de entender la importancia social del derecho (Ewick & Silbey, 1998), especialmente del judicial. En este apartado trataremos las metodologías que hemos empleado para llevar a cabo este análisis en perspectiva crítica profundizando en los procedimientos de selección del discurso, y el estudio del mismo. En primer lugar, hablaremos lo que podríamos entender por un análisis del discurso jurídico en perspectiva crítica. En segundo lugar, nos

concentraremos en algunas reflexiones metodológicas al respecto. Allí hablaremos de los criterios de selección del discurso jurisprudencial de acuerdo a la metodología propuesta por Diego López (2009), y del criterio que hemos llamado de relevancia sociopolítica.

Finalmente, en la tercera parte arrojaremos algunos resultados de nuestro estudio a modo de ejemplificación de lo que plasmamos a lo largo de este trabajo. Allí se ahondará en la forma en que hemos estudiado los que hemos considerado los fallos de la Corte Constitucional Colombiana (CCC) jurídica y sociopolíticamente más relevantes en materia de extractivismo y conflictos socioambientales. De las conclusiones se hará una reflexión sobre la necesidad de tomar un posicionamiento desde un discurso crítico ante un tribunal constitucional que le apuesta cada vez más a la corporativización y la hegemonía de las empresas extractivas.

5.2. El posicionamiento del investigador o investigadora como fundamento metodológico y epistemológico de la investigación sociojurídica

La actitud del investigador o investigadora frente al contexto que estudia y los sujetos que intervienen es un asunto decisivo en el proceso investigativo. Atendiendo a las expectativas que se tienen frente al quehacer investigativo (que sea fuente de conocimiento confiable y objetivo, por ejemplo) surgen algunos interrogantes que han provocado profundos dilemas: ¿debe ser distante y neutral en aras de garantizar objetividad a su trabajo? ¿Debe comprometerse y contribuir a la solución de los problemas sociales (sociojurídicos si se quiere también) que presencia y estudia? ¿En qué medida deben sus observaciones y procedimientos dejarse permear de su subjetividad?

Todos estos interrogantes sugieren algo: el posicionamiento del investigador es un asunto crucial no sólo en términos metodológicos, sino también epistemológicos. De una parte, guía la toma decisiones a la hora de aplicar métodos e interpretar los hallazgos. De otra, se convierte en un criterio de lo

que puede considerarse conocimiento válido.¹³ Al respecto, en la investigación social, históricamente ha habido profunda inquietud frente a una forma de posicionamiento del investigador o investigadora: la neutralidad como eje central del quehacer investigativo.

El tomar partido o no por la neutralidad define enfoques metodológicos y epistemológicos, siendo un asunto decisivo para la investigación en términos procesuales, así como en las apuestas y finalidades. Teniendo en mente esto, cabe plantear esta misma cuestión en la investigación sociojurídica, de lo que nos ocuparemos brevemente en este apartado.

5.2.1. La neutralidad y su legitimidad

La neutralidad ha sido objeto de gran debate y polarización en el campo de las ciencias sociales, y para nuestro campo específico de interés, en la investigación sociojurídica. En el campo de la investigación social, quienes la apoyan, son confían en que esta actitud es esencial para acometer un conocimiento riguroso basado en la objetividad, y la obtención de resultados confiables, replicables y generalizables (Babbie, 2016). Por ello se ha considerado que la neutralidad y la imparcialidad deben ser el eje central de la actitud del investigador o investigadora, tanto en las decisiones metodológicas, como en las afirmaciones e interpretaciones (Neuman , 2013).

Esta confianza en la neutralidad y la imparcialidad se ha transmitido también a la investigación sociojurídica. Al respecto, por ejemplo, autores como Brian Tamanaha(1997) han asumido que la neutralidad es un asunto vital en la investigación sociojurídica, concibiéndose como un elemento crucial para que el estudio de la relación entre derecho y sociedad tenga algún grado de

13 Así, por ejemplo, usualmente se han considerado científicamente aceptables aquellas decisiones metodológicas e interpretaciones provenientes de un investigador que guarda una actitud no implicada con lo que se estudia, ya que se concibe como una muestra de objetividad y por ende confiabilidad (Neuman, 2013).

cientificidad. Cuando se prescinde de la neutralidad, en lugar de ciencia, se está haciendo proselitismo o ideología, y en lugar de científicos sociales, pulularían activistas o militantes.¹⁴

Las críticas a estos planteamientos no se han hecho esperar. Desde un enfoque que puede denominarse crítico, no sólo se descrece de la neutralidad y el hallazgo de conocimientos generalizables y totalmente confiables (verdades absolutas), sino que también propugna por el posicionamiento político del investigador al lado de quienes han sufrido la opresión. El prurito por la neutralidad se pone en cuestión como fundamento epistemológico, metodológico e incluso ético. Dado que el ejercicio de la investigación social se da en contextos frecuentemente marcados por desigualdades, injusticias y profundas relaciones de opresión, defender una actitud neutral, en lugar de contribuir a obtener un conocimiento confiable, en realidad encubre y tolera estas problemáticas. En este sentido, la neutralidad, lejos de otorgar científicidad e imparcialidad, es una actitud complaciente y legitimadora del statu quo (Kincheloe & McLaren, 2008; Lather, 2003).

Es por ello que el hecho de investigar toma mayores connotaciones. Con la neutralidad se pretende simplemente describir y explicar una realidad de una manera distante y desimplicada. Una actitud crítica en la investigación comprendería una praxis transformadora: no se trata de describir, sino contribuir a la transformación social a través del empoderamiento de quienes han sido históricamente oprimidos. Así que, en lugar de ser neutral, el investigador o investigadora han de posicionarse a favor de la transformación en clave de empoderamiento y emancipación social (Kincheloe & McLaren, 2008).

14 Tamanaha (1997) asume que las llamadas actitudes “posmodernas” y “críticas” frente a los estudios de sociología jurídica minan la confiabilidad del ejercicio académico al poner en cuestión los principios de científicidad. En su sentir, es absurdo que todo se considere una construcción social, y que se privilegien actitudes que desconozcan la neutralidad como base de la científicidad. Por esto es que hace un llamado para recuperar estos valores de la ciencia ante estas tendencias que cuestionan todo.

Ante críticas sobre la credibilidad y confiabilidad de este conocimiento, se plantea una reinención (ampliación) de lo que se asume por objetividad.¹⁵ Estos criterios pueden reacomodarse a la validación social del proceso investigativo. En esta medida, el rigor no radicará en describir sin involucrarse, sino en explicar posicionándose, y generar un conocimiento útil para la emancipación. Bajo este entendido, los principales criterios validadores de la investigación y su conocimiento generado serán la posibilidad de apropiación social, el grado de involucramiento de las comunidades, y la utilidad de estos procesos en las reivindicaciones de grupos desfavorecidos y oprimidos (Kincheloe & McLaren, 2008; Lather, 2003). En esta medida, se privilegiaría lo que Boaventura de Sousa Santos (2007; 2012; 2016, pág. 259) llamará un “conocimiento prudente para una vida decente”, que se refiere a la generación y utilización de conocimiento en clave del mejoramiento de las condiciones vitales de quienes históricamente han sido subalternizados e invisibilizados, así como de las relaciones de la humanidad con la naturaleza.

5.2.2. Alcances metodológicos y actitudinales del involucramiento del investigador

En las ciencias sociales, desde un punto de vista metodológico, el resultado de concebir y vivenciar una perspectiva crítica, lejos de aclamar el distanciamiento, versaría en avalar el involucramiento del investigador en la realidad en la que interactúa. Esto sobre todo en realidades trazadas por injusticias estructurales. Tal nivel de involucramiento y compromiso en la investigación ha sido desarrollado por científicos sociales que han dedicado su vida a investigar con, y para comunidades históricamente subalternizadas.

15 La objetividad no es asimilable a la neutralidad. La objetividad implica el ejercicio de un trabajo investigativo riguroso que sea confiable. Por tanto, se puede ser riguroso generando un conocimiento enfocado en la transformación y emancipación social (Lather, 2003).

Uno de ellos, y tal vez quien traemos a colación por su contundencia frente a la neutralidad, es Fals Borda (2009). En su apuesta vital e intelectual, la investigación, entendida desde la metodología de *investigación-acción-participación*, es un proceso en el que el conocimiento se construye conjuntamente con los sujetos que el cientificismo más dogmático y restrictivo designaba “objetos de estudio”. Aquí son sujetos activos constructores de conocimiento, y de la mano del investigador (despojado de toda pretensión de neutralidad), trabajan y construyen conocimiento para la emancipación social.¹⁶

En la Sociología Jurídica ese involucramiento comprometido es también deseable desde miradas críticas. El estudio de la relación entre derecho y sociedad, la comprensión de las complejidades del fenómeno sociojurídico, y, sobre todo, el poder avizorar horizontes emancipatorios en el derecho, requiere de miradas que exceden los paradigmas de la modernidad. Esto principalmente porque estamos en presencia de crisis multifacéticas para las que la modernidad no tiene respuestas (la desigualdad, la exclusión social, la violencia, la guerra, el deterioro ambiental, la destrucción de la diversidad, etc.), y más bien se vuelve parte del problema (Santos, 2009).

Dentro de las insuficiencias de la modernidad para afrontar los problemas que nos aquejan, están aquéllas sobre las que se ha basado la ciencia moderna, sobre todo, la neutralidad. Una actitud neutral en el ejercicio de la ciencia ya no es garantía de contribución al mejoramiento de la realidad, sino por el contrario, muchas veces enmascara y opaca profundas dinámicas de

16 Esta asignación de sujeto activo en la construcción de conocimiento es visible en la manera que resalta su sabiduría y valía en el ejercicio intelectual y político. Por ejemplo, acuña el término “sentipensar” de pescadores del Río Sinú. Según ellos, para vivir bien se necesitaba articular el pecho con la cabeza: el sentimiento con el pensamiento. De esta narrativa este autor erigió su propuesta epistemológica y metodológica, asumiendo que se trataba de hacer del ejercicio académico y político un constante “sentipensamiento” en clave del empoderamiento popular y la emancipación social (Borda, 2009).

opresión(Santos, 2012).¹⁷ Es por ello que en la praxis de la metodología de la investigación sociojurídica, la neutralidad debe ser duramente cuestionada, mostrándose pertinente transitar hacia el involucramiento decidido y comprometido. En lugar de ser neutrales, se trata de involucrarse, tomar los riesgos que atraviesan los grupos subalternizados, y desde las posibilidades vitales, contribuir a la solución de problemáticas. Es ser conscientes del carácter bidireccional de la relación con las comunidades: así como ellas contribuyen y participan en la generación de conocimiento, debe haber una retribución del investigador(Santos, 2018).

Como lo ha afirmado César Rodríguez(2013) este nivel de involucramiento implica profundidades de inmersión en los problemas, y un talante multifacético tanto en el quehacer investigativo, como en la divulgación de tales hallazgos. De esta manera, en la vivencia metodológica¹⁸ el investigador está llamado a adaptarse a diversos ambientes interaccionales con las comunidades, así como a distintos contextos comunicacionales. Por eso se dice que la práctica investigativa es un ejercicio “anfíbio” por su matiz adaptativo, sobre todo, a las necesidades de las comunidades. Este carácter anfíbio de la investigación implica, en gran medida, transitar por espacios

17 En sus clases el profesor Boaventura de Sousa Santos (2018) relataba una anécdota muy dicente al respecto. Realizando su tesis doctoral en la Universidad de Yale, se interesó por conocer las prácticas sociales y jurídicas de una favela de Rio de Janeiro que él denominó Pasagarda por cuestiones de seguridad de sus moradores. En su trabajo quería utilizar planteamientos de Marx para construir el marco teórico, pero curiosamente su supervisor le dijo que eso le quitaba rigor a la investigación, pues era más ideología que ciencia. Con el paso del tiempo el profesor Santos se percató de que su profesor había trabajado con la CIA. Eso muestra como la neutralidad puede ser un pretexto para legitimar y enmascarar el statu quo que circunda el trabajo investigativo.

18 Esto implica ver la metodología no como un presupuesto de posicionamiento neutral frente a la gente, sino como una caja de herramientas para entender mejor las problemáticas y contribuir a su mejoramiento(Rodríguez, 2013).

variados de acción y reflexión.¹⁹ De esta forma, retando la neutralidad del investigador defendida por autores como Tamanaha (1997), en su labor termina combinando el ejercicio intelectual con el activismo (Rodríguez, 2013).

5.2.3. Alcances Epistemológicos del involucramiento del investigador.

En términos epistemológicos, en las ciencias sociales el involucramiento comprometido del investigador implica la aplicación de lo que Rita Segato (2016) ha denominado “etnografía de la escucha profunda”²⁰, que básicamente reta esa tradicional división entre sujeto cognoscente y objeto de estudio. El fundamento de la neutralidad responde precisamente a la dicotomía sujeto/objeto, y es precisamente la disolución de esa barrera desde el punto de vista epistemológico la que respalda ese involucramiento sensible y comprometido del investigador.

Ya no es un mero receptor y extractor de conocimientos, sino alguien que se implica en la problemática, y que más que recoger información, se da a la tarea de practicar “escuchas profundas” en las que se expresa su compromiso político y ético con la transformación de lo injusto. Así que, si metodológicamente se pasa a dinámicas participantes, comprometidas y contribuyentes, epistemológicamente se disuelven distanciamientos

19 Además de la diversidad de metodologías empleadas, está también la versatilidad en la divulgación de la información. Ya no está simplemente la divulgación académica, sino también la elaboración de archivos multimedia (como documentales y videos), y el uso de otras narrativas como la crónica (Rodríguez, 2013).

20 Rita Segato (2016) acuña este término para referirse a la “escucha etnográfica profunda”. Para ella, la investigación (especialmente en el campo de la Antropología) debe dejar, de una vez por todas, la noción de que hay un distanciamiento entre el sujeto investigador y el objeto investigado, y que el proceso investigativo debe regirse por la neutralidad. Ello implica asumir que los actores y realidades que alguna vez se objetivaron, deben considerarse como sujetos actuantes de realidad, y que la labor del investigador impacta e interviene toda realidad en la que interactúa. Es pues asumir que el investigar implica un alto grado de involucramiento en el que lo más ético, es investigar en función de las reivindicaciones de los pueblos sualternizados por el colonialismo, el patriarcado, y la patriarcal modernidad.

provocados por la neutralidad y se valida la escucha profunda surgida del tal involucramiento (Segato, 2016).

Esta escucha profunda se conecta con una apuesta epistemológica basada no sólo en la posibilidad de cambiar el mundo como lo conocemos, sino en la propia forma de concebir lo posible. Esta es una apuesta que concibe que los constructos epistemológicos sobre los que se ha edificado nuestra realidad deben ser radicalmente cuestionados, y en consecuencia, atender otros que realmente atiendan a la urgencia y gravedad de nuestros tiempos (Escobar, 2018).

Hemos heredado de la modernidad (en gran medida de la colonialidad del poder y el saber) visiones que nos han separado de la naturaleza, al punto de considerarla un elemento explotable y lucrativo; nos han abstraído de los entramados comunitarios, haciéndonos individuos socialmente poco vinculados; y nos han hecho normalizar la violencia patriarcal. Se conectaría entonces con un transitar decidido hacia el pluriverso, esto es, la posibilidad real de que en lo político, epistemológico y social se dé la existencia de un “mundo en el que quepan muchos mundos”. Serían posibles en los que la vida social es cada vez más re-comunalizada y des-egoizada, y en los que no se partiría de la separación de las cosas para vivirlas y entenderlas, sino en su interdependencia radical en la que todo el entramado de la vida está estrechamente interconectado (Escobar, 2018).

Esto está estrechamente relacionado con las Epistemologías del Sur. Asumiendo que toda forma de justicia global y social es en principio un asunto de justicia cognitiva, éstas buscan recuperar e impulsar los conocimientos surgidos en las luchas contra la opresión (Santos, 2010). Muchos de estos conocimientos, saberes, subjetividades han sido relegados, excluidos, destruidos, o conminados a la no existencia, dada la colonialidad del poder y del saber (Quijano, 2010; Walsh, 2010; Santos, 2010).

El Sur responde a aquellos lugares y grupos humanos trazados por el sufrimiento, pero sobre todo, aquellas subjetividades que resisten y generan conocimientos y nuevos planteamientos políticos y éticos en sus luchas. Las Epistemologías del Sur se sustentan en aprender del sur, lo cual supone empoderar y emancipar grupos humanos marginados, así como crear un conocimiento basado en la solidaridad con la humanidad y la naturaleza (Santos, 2016).

Esta dinámica implica “no reducir la realidad a lo que existe” (Santos, 2016, p. 284), extendiendo el horizonte hacia lo que ha sido producido como no existente y que puede enriquecer el presente, y estando atento y cuidadoso a lo que todavía no es pero es posible y necesario a fin de aclarar el futuro concreto. El enriquecimiento del presente puede concebirse desde la *sociología de las ausencias* y la *ecología de saberes*, mientras que la identificación y cuidado de futuros concretos puede percibirse desde la *sociología de las emergencias* (Santos, 2010).²¹

Muy entrelazado con lo anterior, en la Sociología Jurídica, el alcance epistemológico de este involucramiento se relaciona con una visión crítica del derecho consignada en la Teoría jurídica crítica.²² Ésta puede ser asumida

21 Las Epistemologías del sur se apoyan en los siguientes elementos. La *sociología de las ausencias*, que consiste en revivir y recuperar saberes, visiones y experiencias del mundo que han sido relegadas a la no existencia por la colonialidad del poder y el saber. La *ecología de saberes*, que se enfoca en lograr un conocimiento sustentado en la intercomunicación democrática de varios saberes que se complementan debido a su incompletitud. Tal ecología implica una jerarquización de acuerdo a criterios ético-políticos. Así por ejemplo, si se trata de salvar la biodiversidad, el saber prevalente debe ser el de los pueblos étnicos y campesinos. La *sociología de las emergencias*, que se refiere a la atención y cuidado de posibilidades concretas que si bien están en el “todavía no”, son posibles y necesarias. Y la traducción *intercultural*, que implica la articulación de lenguajes mutuamente inteligibles entre conocimientos y movimientos sociales a fin de articularse en la defensa de bienes comunes (Santos, 2016).

22 Estas reflexiones sobre la articulación entre una aproximación crítica al derecho y las epistemologías del sur, se nutren de *Pijao se opone al Extractivismo. Sentencia T-445 de 2016: miradas desde la Crítica Jurídica y las Epistemologías del Sur*, un trabajo que hemos realizado para su eventual publicación en la Revista Crítica Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México para el presente año. Hasta la fecha está en etapa de revisión y evaluación. Allí aplico el análisis del discurso desde perspectivas críticas en el que se ha considerado uno de los fallos de la Corte Constitucional Colombiano más relevante en materia de conflictos socioambientales derivados del extractivismo, a saber, la Sentencia T-445 de 2016. En este análisis se observa que hay emergencias en términos de cuidado ecológico y participación ciudadana que merecen ser cuidadas y potenciadas. Una forma de cuidarlas es que este fallo sea un referente en próximas decisiones políticas y jurídicas concernientes al extractivismo.

como una problematización de las formas convencionales en que han sido concebidos del derecho y el poder. Consiste en cuestionarlos en clave de los retos puestos por dinámicas contemporáneas, asumiendo la reflexión desde el derecho más como un compromiso de transformación social, política, económica y epistemológica. Una reflexión volcada a descolonizar el saber y el poder, y ponerse al servicio de los sujetos que han sido subalternizados (Wolkmer, 2017). Un enfoque crítico en la investigación sociojurídica se centraría entonces en concebir que el estudio de la relación entre derecho y sociedad ha de hacerse en clave de transformación social, sobre todo, de trastocamiento radical de la colonialidad del saber y el poder.

Este influjo crítico en la concepción del derecho, articulado con las epistemologías del sur, puede plasmarse también en la consolidación de un derecho post-abismal como un horizonte necesario para nuestro tiempo. La práctica y teoría convencionales del derecho no han estado pensadas y construidas desde los marginados, invisibilizados y excluidos de la historia (Santos, 2009). Nunca se han hecho para aquellos cuya realidad pertenece a lo abismal:²³ quienes están fuera de todo alcance de regulación o emancipación, y que, por tanto, en sus vidas y sociabilidades imperan la apropiación violenta y la desprotección radical (Santos, 2017).

23 Para Boaventura Santos (2012; 2017) la línea abismal es una explicación de las dinámicas históricas de exclusión y de segmentación de nuestras sociedades y sociabilidades. Considera que la historia contemporánea de la humanidad está dividida en dos espectros de relaciones políticas y sociales. De un lado, está la sociedad metropolitana, en la que hay personas, y las dinámicas de luchas e interacciones responden a la regulación o emancipación. Así, hay personas con derechos que apelan a la regulación, y puede que haya personas sin derechos que le apuestan a la emancipación. De otra parte, está la sociedad colonial. Aunque formalmente se diga que existen seres humanos allí, en realidad hay sub-humanos que no son sujetos de derecho, “sino objeto de discursos de derechos humanos” (Santos, 2014, pág. 23). Son tales las condiciones de exclusión, marginalidad y relegación a la no existencia, que las lógicas de interacción y relacionamiento son la dominación y apropiación violenta, ya que no alcanzan la posición necesaria para debatirse entre la regulación y la emancipación. Es tal la expansión hoy en día, que la sociedad colonial está avanzando cada vez más, y la metropolitana, con sus horizontes de regulación y emancipación, achicando significativamente (Santos, 2017; 2018).

Un viro en este sentido implicaría pensar y construir el derecho desde las vivencias y perspectivas del otro lado de la línea abismal que ha sido históricamente relegado no sólo a la exclusión y marginación, sino la no existencia. Sería un pensar, construir y practicar el derecho desde realidades de grupos humanos cuyas vivencias y saberes han sido históricamente subalternizadas: migrantes, mujeres, afrodescendientes, indígenas, población LGBTQ, trabajadores explotados, y personas pobres (Santos, 2009; Santos, 2017).

5.2.4. Pluriverso

Del mismo modo, implicaría el pensamiento y práctica de un derecho sensibles con temas centrales para “revolucionar la democracia y democratizar la revolución” (Santos, 2017, pág. 255)²⁴, tales como la preponderancia de los bienes comunes como legado de la humanidad y garantía de su futuro; un pluralismo democrático capaz de integrar varias formas de democracia y toma de decisiones (la coexistencia de la democracia representativa y comunitaria); un derecho plurinacional e intercultural capaz de comprender y proteger la diversidad; y el posicionamiento de una concepción de dignidad capaz de integrar lo humano y la naturaleza, en la que sean vitales los derechos de la naturaleza y la protección decidida de la biodiversidad y los grupos humanos (como comunidades étnicas y campesinas) que habitan protegiéndola (Santos, 2017).²⁵

24 Estos postulados dialogan con la manera en que Arturo Escobar (Escobar, 2018) ha entendido la articulación del pensamiento crítico latinoamericano. En su sentir, este partiría de una armonización de un pensamiento por la desde abajo (reflejado en la defensa decidida de expresiones autónomas que ofrecen otras alternativas de producción y sociabilidad) por izquierda (en atención a los postulados de dignidad e igualdad materiales), y con la tierra (como el llamado a integrar la naturaleza en los horizontes de decisión socio-política).

25 Boaventura Santos (2017) sostiene que estas miradas y vivencias del derecho son necesarias para las amenazas y monstruos de nuestra época. Las sociabilidades abismales (trazadas por la línea abismal), proponen siete amenazas y cuatro monstruos. Las amenazas, son la desfiguración del Estado a cargo de la primacía del mercado en las decisiones políticas (i); el vaciamiento de la democracia dado por la ambivalencia entre

5.3. Análisis del discurso jurídico en la investigación sociojurídica. Visiones desde una perspectiva crítica

Inicialmente podría decirse que el análisis del discurso giraría en torno al análisis textos en el que se aprecia la inmersión de las palabras en patrones y relaciones, sobre todo lingüísticas (Fierke, 2004, pág. 36). Puede que sea un componente, pero en la investigación sociojurídica este análisis va más allá. Es una metodología que parte de asumir la importancia del discurso en las dinámicas sociales, y por tanto, la relevancia de estudiarlo y analizarlo. Para los propósitos de nuestro trabajo, dicha metodología se centra en analizar la interacción de percepciones, representaciones sociales y diversas construcciones en el discurso. Aunque no abarca la realidad social entera, es un elemento crucial en su construcción. Las versiones, categorías, palabras, significados y percepciones en él inmersas inciden en las prácticas sociales que construyen permanente y dinámicamente el mundo social (Fairclough, 2003; Hepburn Alexa & Potter, 2007). Con ello puede decirse que el discurso no sólo representa el mundo, sino que es una intervención y construcción de la realidad misma (Santos, 2016a).²⁶

regímenes formalmente democráticos y material y socialmente fascistas (ii); la destrucción de la naturaleza a cargo de un capitalismo neoliberal extractivista que la explota y financializa (iii); la devaluación del trabajo a través de dinámicas de precarización (iv); la comodificación del conocimiento entendida desde la entronización del mercado tanto en la orientación de la educación como en el manejo del conocimiento (v); la recolonización de la diferencia evidenciada en la intensificación de formas coloniales de relacionamiento como el racismo y la consolidación de un multiculturalismo adaptado al mercado (vi); y la criminalización de la protesta social (vii). Estas amenazas han dado lugar a cuatro monstruos: la dronificación del poder, vista en que decisiones devastadoras se toman en temporalidades instantáneas y con tecnologías que permiten un alto grado de no implicación en la realidad de quien la toma (un ejemplo es la destrucción de un pueblo a través de un ataque de drones) (a); la institucionalidad paralela (b); la violencia sacrificial, en la que territorios y grupos humanos son concebidos como objetos de sacrificio para que otros puedan prosperar (c); y la crisis permanente (d).

26 Esto no significa que la relación entre discurso y realidad social sea unidireccional. Por el contrario, se trata de un proceso de mutua incidencia: a la vez que impacta, es afectado también por prácticas e interacciones sociales (Fairclough, *Analysing Discourse. Textual analysis for Social Research*, 2003).

Siguiendo esta línea, el objetivo principal del análisis del discurso es observar la forma en que diversos actores construyen la realidad social a través de su discurso (Potter & Wetherell, 2002). Ello conduciría a resaltar la forma en que las versiones y representaciones del mundo social son presentadas en el discurso (Fairclough, 2003), de un lado, y cómo éstas están allí posicionadas, de otro (Fairclough, 2003; Potter & Wetherell, 2002). Hasta este punto este método estaría concibiendo el discurso como una representación de la realidad social.²⁷ No obstante, para pasar a la faceta en que el discurso no sólo refleja, sino que interviene y construye, es necesario abordar esta metodología desde una perspectiva crítica.

Una visión crítica del análisis del discurso implica tratar las relaciones de poder que le circundan y conforman, especialmente aquéllas de dominancia. De una parte, la visión crítica envuelve miradas contextuales del discurso y sus usos (valores, creencias, mentalidades, representaciones sociales, versiones del mundo y percepciones en contextos de interacciones y estructuras) (Chouliaraki & Fairclough, 1999, págs. 60-62). De otra parte, observa la forma en que distintas versiones y representaciones del mundo están en permanente pugna y disputa, al punto de que unas consolidan su hegemonía excluyendo, invisibilizando y menospreciando otras. En esta medida, no sólo refleja parte de la realidad, sino que es en sí un espacio de poder que construye y es construido por el mundo social (Wodack, 2007).²⁸

27 El discurso representa aspectos del mundo social como procesos, relaciones sociales, estructuras, creencias, mentalidades y pensamientos, lo cuales están simultáneamente atados a posiciones, identidades e interacciones. Aspectos particulares pueden ser representados de forma distinta, dependiendo de las posiciones y contextos de los participantes del discurso (Fairclough, *Analysing Discourse. Textual analysis for Social Research*, 2003).

28 Esta visión es ampliamente respaldada por las nociones que tenía Michel Foucault sobre el poder en la sociedad contemporánea. Más que un objeto detentado, el poder es un asunto relacional y en permanente dinamismo en las interacciones sociales. No es algo que se detente, sino que se ejerce en un entramado de relaciones y posiciones. Desde esta visión, la dominación, a pesar de ser penetrante, no es absoluta en el sentido de que tal matiz relacional posibilita la efervescencia de resistencias y rebeldías (Foucault, 2012).

Se trata entonces de articular sociedad, discurso y poder. Adicional a esta incorporación de relaciones de poder, una mirada crítica incluye el insumo imaginativo del discurso. El mundo social no sólo es intervenido y construido en el discurso, sino también imaginado (Escobar, 2016).

5.3.1. Análisis crítico del discurso jurídico

Este abordaje crítico puede transpolarse al análisis de textos jurídicos, especialmente fallos judiciales. Un análisis de discurso de este tipo se centraría en ver cómo el mundo social es construido desde los textos jurídicos, atendiendo que este discurso es también un escenario de poder que refleja, construye, e imagina el mundo social. Para ahondar en esto, es preciso detenerse primero en la importancia del discurso jurídico en las dinámicas sociales, que en buena medida es una preocupación central de la sociología jurídica y las metodologías que emplea (García, 2015; Treves, 1988).

La relevancia del discurso jurídico en la cotidianidad social parte de asumir también una mutua incidencia entre derecho y sociedad. A la vez que el derecho es impactado por las interacciones sociales, éste las afecta desde su papel generador de percepciones. El derecho no sólo regula dinámicas, sino también produce significados y percepciones sociales importantes en las prácticas cotidianas. No sólo contiene normas, sino también proyecta símbolos y significados que contribuyen a la construcción permanente de la realidad social (Ewick & Silbey, 1998; Merry, 1992; Silbey, 1992).

Además de esta importancia simbólica, el discurso jurídico genera también posibilidades de acción, al punto de que autores como Vincenzo Ferrari han considerado el derecho “como una modalidad de acción social” (2015, pág. 8). Este potencial de acción desde el discurso jurídico ha tenido lugar en procesos de movilización social, política y jurídica. De un lado, distintos movimientos y procesos sociales han acuñado significados presentes en el derecho (como la igualdad, la dignidad, la diversidad y la democracia) para potenciar sus luchas y reivindicaciones. Han sido acciones colectivas en gran medida nutridas por los símbolos, imágenes y representaciones

provocadas por el derecho (García, 2015).²⁹ En estos casos el discurso jurídico, a través de sus símbolos e imágenes (que muchas veces son distintos de lo que ocurre en la realidad), ha permitido imaginar otros horizontes, impulsando acciones ciudadanas para acometerlos (Lemaitre, 2009).³⁰ De otro lado, la confianza en el discurso jurídico ha insuflado acciones desde el propio derecho (litigio) en clave de reivindicaciones sociales y populares. En la defensa de derechos humanos, por ejemplo, la articulación de la acción legal con la colectiva ha logrado también importantes conquistas. (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010; Sarat & Scheingold, 2005). En este sentido, el uso del derecho articulado a procesos sociales formidables de movilización ha logrado experiencias de emancipación social, que se refleja en la mejora de las condiciones vitales y las oportunidades de pueblos históricamente subalternizados y excluidos (Santos, 2002).³¹

En este orden de ideas, asumimos entonces que la importancia del discurso jurídico radica en que también refleja, crea, e imagina realidades que impactan la construcción del mundo social. Esto conlleva a afirmar que en la investigación sociojurídica, un análisis de este discurso en perspectiva crítica es igualmente importante. Esto principalmente porque nos permitiría comprender mejor su configuración, y partiendo de ello, avizorar sus potencialidades y limitaciones. En aras de usar esta metodología de la manera más edificante, es preciso, antes de proceder, tener algunas ideas

29 Esto ha ocurrido en la movilización que, de pueblos indígenas, afrodescendientes, la población LGBTI, y las mujeres. El derecho constitucional ha brindado significados que legitiman y potencian sus reclamos (García, 2015; Lemaitre, 2009).

30 Incluso se habla de que el derecho contiene “fantasías”. Proyecta imágenes de democracia y derechos humanos que contrastan profundamente con realidades de rampante violencia e injusticia. No obstante, estas imágenes, lejos de no tener sentido, son proyectos de sociedad que articuladas con acciones ciudadanas han logrado importantes conquistas de derechos.

31 Históricamente ha existido la pregunta por el potencial emancipatorio del derecho. Al respecto, Boaventura Santos (2002) ha sostenido que el derecho llega a ser emancipatorio cuando las luchas que le envuelven han sido previamente politizadas. De otra manera, ha funcionado como una máscara de relaciones dominantes.

sobre lo que consideramos algunas implicaciones del carácter crítico del método, así como qué partes de éste analizar y cómo.

Frente a las implicaciones del carácter crítico del método, sería oportuno observar cómo en el discurso jurídico interactúan diversas representaciones, percepciones y versiones del mundo social, y sobre todo, la manera en que unas se imponen sobre otras y las subalternizan o excluyen. Se trata entonces de observar el entramado de poder que hay entre unas representaciones y otras del discurso jurídico, que, a su vez, está ligado a su papel constructor e imaginativo de realidad social.

Asimismo, y ligado a lo anterior, concibiendo interacción de representaciones y percepciones, el matiz crítico del método radicaría en observar en qué medida el discurso jurídico se ha nutrido de procesos de luchas y resistencias sociopolíticas encabezadas por los grupos subalternizados y excluidos. Atendiendo a la mutua incidencia entre derecho y sociedad, el meollo estaría en además de analizar cómo el derecho ha impactado en procesos sociales que buscan la emancipación social, ahondar también sobre cómo estos procesos sociales han impactado la configuración del derecho mismo. En este punto, un componente crítico podría ser el análisis desde la perspectiva de lo que Boaventura de Sousa Santos (2016a; 2016b) ha denominado epistemologías del sur, que principalmente responde a un enfoque epistemológico en el que se revaloran los conocimientos, saberes y prácticas de pueblos subalternizados en sus luchas y resistencias frente a todo tipo de opresiones.³² En este orden de ideas, sería pertinente y deseable ver en qué medida la configuración del discurso jurídico analizado obedece a un ejercicio de epistemologías del sur, analizando de qué manera los procesos sociales de lucha y resistencia lo han impactado.

32 Boaventura de Sousa Santos (2016b) ha considerado que el ejercicio de las epistemologías del sur responde a aprender del sur, que lo define como revalorar y re posicionar los conocimientos surgidos en las luchas de los pueblos contra el colonialismo, el capitalismo, y el patriarcado.

5.3.2. Aplicando el análisis crítico al discurso jurídico. ¿Qué escoger y cómo proceder?

Hay dos preguntas centrales a la hora de aplicar esta metodología: qué parte del discurso jurídico analizar, y cómo hacerlo. En lo que sigue expondremos algunas reflexiones en este respecto, partiendo de nuestra experiencia investigativa empleando estos caminos metodológicos y epistemológicos.³³ No pretendemos exponer una serie de instrucciones y pasos a seguir (que puede verse así), sino más bien articular las reflexiones con lo que la práctica nos ha dejado apreciar. Articulando estas lecciones, asumimos que es una metodología que puede aportar mucho a la investigación sociojurídica, pero que no es la única y por tanto debe articularse con otras para potenciar el ejercicio de una investigación comprometida. En últimas, más allá del rigor de los pasos y la toma de decisiones metodológicas, debe estar la función empoderadora y emancipadora del quehacer investigativo.

5.3.2.1. El “qué” del discurso jurídico a analizar.

Respecto a la inquietud por el “qué parte del discurso jurídico analizar”, puede afirmarse que en un contexto sociojurídico como el colombiano, consideramos importante practicar esta metodología en textos jurídicos en los que sean aplicables las implicaciones del análisis crítico anteriormente mencionadas. Especialmente, en textos jurídicos que giren en torno a problemáticas de interés público como la democracia, los derechos, el medio ambiente y la participación ciudadana. De acuerdo a lo aprendido en nuestro trabajo investigativo, sostenemos que esto podría facilitarse en la jurisprudencia, especialmente en la de la Corte Constitucional Colombiana.

Al respecto, el discurso jurisprudencial, esto es, el pronunciamiento de las Altas Cortes sería una buena opción por las siguientes razones. Estas razones son tomadas de análisis que han hecho estudiosos del derecho

33 Estas reflexiones provienen del proceso de construcción de la tesis del Máster en Sociología Jurídica en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-Universidad del País Vasco, 2017-2018.

jurisprudencial (López, 2009). En primer lugar, la jurisprudencia es una fuente de derecho que articula las normas con la cotidianidad. En este sentido, cuando estas cortes deciden están concretando el significado y el alcance de los conceptos jurídicos en situaciones concretas. En segundo lugar, allí se unifican las interpretaciones del derecho que además de decidir situaciones cotidianas, se vuelven vinculantes para los operadores jurídicos, lo que le da una mayor incidencia en la práctica del derecho. En tercer lugar, se ventilan asuntos de interés público profundamente ligados a los derechos, la participación y la democracia. En este respecto, y como lo afirmaría Mauricio García (2015), desde el derecho jurisprudencial se manejan significados que pueden ser instrumentalizados en la movilización social a favor de los grupos subalternizados, y en el litigio de derechos humanos. En cuarto lugar, asumiendo la postura de Julieta Lemaitre (2009) frente al poder creativo de los significados del derecho, este puede ser un derecho que además de dar ideas para movilizarse, imagina un modelo de sociedad como tal. Finalmente, dentro de este discurso hay una serie de versiones y representaciones del mundo social en constante pugna, y en gran medida, unas se imponen sobre otras (subalternizando o invisibilizando) a la hora de tomar decisiones y crear el derecho vinculante.

En nuestro contexto estas circunstancias son en mayor medida visibles en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Como se abordará más adelante, su relevancia radica en el rol protagónico en la vida jurídica y política del país. Además de ser el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y de definir el alcance de derechos y principios constitucionales (Cepeda & Landau, 2017; Iturralde, 2015; López D., 2009), ha examinado casos en los que se debaten problemáticas trascendentales en la vida pública como son la protección de derechos humanos de grupos marginales, y la decantación de los alcances de la democracia y el Estado social de derecho como fundamentos del sistema jurídico-político (García & Uprimny, 2004).

5.3.2.2. El “cómo” podría ser analizado.

Habiendo abordado el “qué” tipo de discurso jurídico podría seleccionarse para esta metodología, se hará una breve mención del “cómo”, esto es, la posible aplicación. En nuestra experiencia hemos considerado que este procedimiento podría realizarse en dos fases. La primera, en la selección de los fallos. En ella se buscaría escoger los fallos que son jurídica y socio-políticamente relevantes.

En este punto cabe referirse a la relevancia del precedente jurisprudencial en este análisis. Esta construcción responde a las decisiones judiciales de las altas cortes (especialmente de la Corte Constitucional para los propósitos de nuestro trabajo) que en sus argumentos y órdenes han fijado normas vinculantes a la hora de resolver casos con similares circunstancias fácticas y jurídicas. La jurisprudencia, en esta medida, se muestra ya no como un criterio auxiliar, sino como un asunto obligatorio para los operadores jurídicos, y se erige como otra fuente formal del derecho. Se hace esta mención al precedente jurisprudencial porque contiene fallos política y jurídicamente importantes (López, 2009).³⁴

34 En Colombia, la aceptación del precedente jurisprudencial como un elemento fundamental en la creación y aplicación del derecho responde a perspectivas que retan el formalismo en la concepción del derecho. Antes de la Constitución de 1991, la ley era considerada el centro de gravedad y la jurisprudencia un mero criterio auxiliar. Con el tiempo, y sobre todo con el surgimiento del nuevo texto constitucional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (entendida desde el precedente) adquiere un carácter vinculante. Esto en atención al carácter normativo que se le asigna a la Carta Política, que se contrapone a concepciones formalistas en las que el texto constitucional era un mero criterio orientador (Uprimny, 2006). También obedece a una mirada de la jurisprudencia como un ejercicio de aplicación, concreción y definición de principios y derechos abstractos en casos concretos, lo que la convierte en otra fuente formal del derecho como tal (López D. , 2009). Del mismo modo, la Corte ha asumido que la preponderancia del precedente obedece a la preeminencia del texto constitucional en el sistema jurídico; la protección del principio de igualdad en el sentido de que casos judiciales similares deben recibir un trato similar; y el reforzamiento de la seguridad jurídica. Al respecto Véanse las Sentencias T-698 de 2004; T-292 de 2006, C-634 de 2011, y C-816 de 2011.

Para identificar qué fallos son jurídicamente relevantes, y en atención a la importancia del precedente jurisprudencial, podría usarse la metodología de análisis estático y dinámico de la jurisprudencia propuesta por Diego López (2009). El principal objetivo sería encontrar aquellos fallos que han trazado la historia decisional de la Corte (que contienen su mensaje normativo), y que por tanto contienen las principales argumentaciones y decisiones del discurso jurisprudencial. Esto se consigue principalmente a través de la elaboración de líneas jurisprudenciales.³⁵

El análisis dinámico consiste en la reconstrucción cronológica de la cadena de casos fácticamente similares que han sido abordados desde similares argumentos y órdenes. En su aplicación se pueden tener buenas ideas sobre los llamados “fallos hitos”. Estos fallos corresponden a decisiones determinantes en la construcción y comportamiento del precedente jurisprudencial. Contienen órdenes y razonamientos que lo crean, modifican, reconducen o cambian. Podría decirse que en ellos se encuentran no sólo los aspectos vinculantes de la jurisprudencia (en términos de órdenes y argumentos), sino también el sustrato de un discurso jurídico estrechamente conectado con las dinámicas socio-políticas y culturales (López, 2009).

El análisis estático comprende algunas etapas. Primero, se identifica lo que se denomina “escenario constitucional”, que implica determinar la situación fáctica en la que se busca (o se ha dado) determinar el alcance de un derecho o un principio constitucional. Esta delimitación es esencial porque plantea la situación fáctico-jurídica sobre la que serán aplicables y obligatorias las normas jurisprudenciales que han de encontrarse en el estudio. Segundo, se identifica el fallo más reciente que contenga y desarrolle el escenario constitucional planteado. A este fallo se le ha denominado “sentencia

35 La jurisprudencia es un cuerpo normativo bastante extenso y en gran medida difícil de abordar. Estas metodologías buscan precisamente estudiarla de manera sistemática y organizada a fin de encontrar el mensaje normativo en ella contenida. En este sentido, este tipo de estudios pretenden la sistematización, diagramación y organización del mensaje normativo de la jurisprudencia hallado a través del análisis estático y dinámico de la jurisprudencia. (López D., 2009).

arquimédica”. Tercero, se exploran los fallos citados en la “sentencia arquimédica”, y se seleccionan aquellos que contengan el escenario constitucional. A esta etapa se le denomina exploración del “nicho citacional”. Esta exploración se aplica a cada fallo citado que ha sido seleccionado, y se hace por lo menos en tres niveles. De esta exploración citacional, comienzan a aparecer cómo unos fallos son frecuentemente citados, y se avizoran también los que primeros. Cuarto, se establece el llamado “plexo nodal”, que básicamente corresponde a la explicitación de los fallos más reiterados, y los primeros (López, 2009).

Una vez hecha esta exploración del análisis dinámico, se pasa al análisis estático del fallo arquimédico, y de los fallos del plexo nodal que se consideren relevantes (por su reiteración, por ejemplo). El análisis estático es un estudio a profundidad de los componentes de la sentencia. El principal objetivo es encontrar las órdenes y argumentos que resultan vinculantes, y que, por tanto, son cruciales en la configuración del discurso jurisprudencial. En esta medida, el análisis estático se concentrará en develar cuáles argumentos, a pesar de no ser esenciales son importantes reflexiones (obiter dicta);³⁶ cuáles son cruciales y directamente relacionados con el sentido del fallo y que por tanto resultan vinculantes en casos semejantes (ratio decidendi);³⁷ y cuáles son las órdenes concretas del fallo que también son

36 Son argumentos que no son decisivos y por tanto no son vinculantes. No obstante, son importantes porque desarrollan conceptos filosóficos y jurídicos centrales que pueden ser un gran insumo en la labor de operadores jurídicos, y en la utilización del derecho por parte de la ciudadanía (López D., 2009).

37 La *ratio decidendi* es la parte argumentativa de las sentencias que resulta vinculante. Primero, porque conecta el componente fáctico con el jurídico, proveyendo así las razones esenciales para la decisión. Segundo, porque desarrolla el sentido y alcance de un derecho o principio constitucional en un caso concreto. Y tercero, porque en este ejercicio genera normas controlantes en casos semejantes, las llamadas “subreglas jurisprudenciales” (López D., 2009).

vinculantes (decisum)³⁸ (López D., 2009). Este proceso arroja buenas luces sobre los fallos que por su relevancia jurídica podrían ser objetos de estudio.

Habiendo mencionado la identificación de casos jurídicamente relevantes, es preciso referirse ahora a la importancia socio-política como otro criterio orientador. En nuestra experiencia investigativa consideramos que un fallo es socio-políticamente relevante cuando asume casos de alta conflictividad y complejidad sociales. En ellos hay serias disputas frente a la definición y alcance de derechos y principios constitucionales, así como una confluencia de múltiples actores con sus intereses y representaciones. Igualmente, son casos en las que son patentes relaciones de poder; unos actores intentando dominar las acciones y construcciones sociales de otros, y otros, por el contrario, generando procesos sociales de lucha y resistencia frente a la dominación.

Asimismo, y como lo observamos en nuestra experiencia, el carácter conflictual no sería el único elemento que le brinde la trascendencia sociopolítica. Está también lo que en términos epistemológicos y de horizontes ofrezcan los procesos sociales de resistencia. Como lo ha observado Arturo Escobar (2000; 2016) y Boaventura de Sousa Santos (2016b), muchos procesos de resistencia no sólo son dinámicas de oposición, sino también de proposición, de brindar alternativas. Así lo consideran, por ejemplo, cuando contemplan las luchas de pueblos étnicos y campesinos que no sólo resisten la ejecución de proyectos extractivos en sus territorios, sino que también ofrecen otras posibilidades de relación con la naturaleza y de sociabilidad sustentadas en la relacionalidad, la reciprocidad, la solidaridad y la equidad.³⁹

38 Corresponde a las órdenes concretas que se dan en la enunciación del sentido del fallo, y en la parte resolutive (López D., 2009).

39 En sus resistencias muchos pueblos étnicos y campesinos no sólo se oponen a los paradigmas del progreso, el desarrollo y el crecimiento económico. Proponen otras posibilidades no sólo de concebir el mundo, sino de habitarlo y construirlo. Por eso se dice que no son simples oposiciones, sino mundificaciones de otros posibles como tal (Escobar, 2018).

Esto explicaría la trascendencia del caso, no sólo por los problemas que comprende, sino por las visiones del mundo social que allí compiten. Es por ello que, en nuestra experiencia investigativa, dentro de los casos jurídicamente relevantes, hemos escogido aquéllos que consideramos socio-políticamente relevantes. Fue de esta forma que terminamos seleccionando casos en donde se ventilaban conflictos socioambientales derivados del extractivismo, y en los que pueblos étnicos y campesinos se organizaban y resistían por permanecer y defender su territorio de acuerdo a sus propias construcciones y vivencias del mundo. Fueron casos de extremas relaciones de poder contrastados con decididos procesos de resistencia y mundificaciones otras del mundo.

Para nuestros propósitos, nuestra preocupación gira en torno a fallos de tutela (T) o de unificación (SU), ya que atienden situaciones fácticas que recogen los elementos de análisis que han guiado nuestra práctica investigativa. Además de ser espacios de definición y concretización de principios y derechos constitucionales, dan cuenta de escenarios de compleja conflictividad social, dominación, y procesos sociales de decidida movilización y resistencia.⁴⁰

5.3.2.3. Analizando el discurso seleccionado.

La segunda fase hace referencia a la aplicación del análisis de discurso sobre los textos jurídicos seleccionados, que, en nuestra experiencia investigativa, han sido fallos de la Corte Constitucional que hemos considerado jurídica y sociopolíticamente cruciales. Tal análisis se centra en la manera en que el

40 La acción de tutela (señalada con la letra T) es un mecanismo en el que los ciudadanos acuden a la justicia para prevenir, confrontar y resolver situaciones en que se vulneran sus derechos constitucionales. En Colombia, todos los jueces pueden conocer de estos casos, y todos ellos llegan a la Corte Constitucional para su eventual selección y revisión. Las sentencias de unificación (designadas con la letra SU) reúnen a la Corte Constitucional en pleno y responden a un grupo de acción de tutelas que, debido a sus similitudes, y a su relevancia en términos políticos y jurídicos, son agrupadas y abordadas. Estos fallos unifican el criterio decisional de la Corte ante posibles ambigüedades y posiciones encontradas (Cepeda & Landau, 2017).

discurso jurídico es construido, atendiendo a la interacción de diversas representaciones y versiones del mundo social. Respondiendo a la perspectiva crítica, se busca observar en qué medida unas visiones y representaciones se imponen sobre otras, y también, cómo en este juego, representaciones de procesos sociales de resistencia que han sido históricamente subalternizados contribuyen a esa construcción del derecho.

Esto podría llevarse en las siguientes etapas: la identificación de las partes del discurso jurídico, distinguiendo sobre todo la parte vinculante y fundamental;⁴¹ la designación de categorías de análisis; la exposición de representaciones y versiones del mundo social alrededor de las categorías designadas; y la demostración de cómo se posicionan tales representaciones y versiones en el discurso; y la función de las representaciones y versiones en la parte fundamental y vinculante del discurso. De esta forma, pueden entreverse la forma en que operan tales representaciones en la construcción del discurso jurídico, y sobre todo, cómo dicha construcción obedece a una interacción de relaciones de poder en la que están en permanente interlocución la dominación y la resistencia.

No obstante, esta metodología tiene algunas limitaciones. Desde el punto de vista del análisis del discurso, si bien hemos expuesto una perspectiva crítica, es también cierto que nos hemos enfocado en el análisis de textos, y que en cierta medida resulta un análisis limitado si no se contrasta con el estudio de los contextos interaccionales y socio-políticos de tales textos. Por esto, este método ha de ser complementado por otros, como la etnografía, la observación participante (Fairclough, 2003), y el uso de herramientas como entrevistas a profundidad. Insistimos, todo este ejercicio debe hacer parte de una investigación comprometida, que cuestione y replantee paradigmas convencionales en los que la investigación es una mera observación y teorización “rigurosa y objetiva”, y que se dirija a la “escucha profunda” (Segato, 2016) y el empoderamiento de los pueblos históricamente subalternizados.

41 En nuestra experiencia investigativa, esto hace referencia a la identificación de la ratio decidendi de los fallos seleccionados.

Muy relacionado con lo anterior, otra limitación está relacionada con lo que Chiocchini (2015) ha denominado las “opacidades” del discurso jurídico. Este autor sostiene que el lenguaje jurídico, especialmente el de los jueces, está trazado por dinámicas internas y externas de poder que no son visibles en los textos pero que resultan ser decisivas. Por esto, para dimensionar los impactos de los procesos sociales en la construcción del derecho no basta analizar únicamente los textos, sino atender también a factores, actores y dinámicas de poder que le circundan y transversalizan.⁴²

5.4. Breves comentarios sobre hallazgos de un discurso jurisprudencial

A continuación se expondrán algunas reflexiones producto del análisis de discurso que hemos realizado sobre algunas decisiones de la Corte Constitucional Colombiana (CCC) relacionadas con conflictos sociambientales derivadas del extractivismo, que hemos considerado jurídica y sociopolíticamente relevantes hasta el año 2018.⁴³ Este ejercicio es producto de una aplicación del análisis del discurso jurídico en perspectiva

42 Para Jorge Iván Palacio Palacio, un exmagistrado de la Corte Constitucional que estuvo al frente del proferimiento de fallos bastante generosos en materia de protección ecológica y participación ciudadana y comunitaria en materia ambiental (por ejemplo, fue el ponente de la Sentencia T-622 de 2016, la cual consideró el Río Atrato un sujeto de derechos), la configuración de intereses económicos y políticos en las Cortes es determinante. Así lo sostiene al referirse a la forma en que, en un breve periodo histórico, la Corte Constitucional ha virado de un discurso bastante generoso en materia ecológica y participativa, a uno restrictivo y en gran medida funcional al extractivismo y sus promotores. Al respecto sostiene que tal viraje se explica en gran medida al posicionamiento de magistrados que en sus vidas han tenido conexión con intereses empresariales y corporativos (Universidad de Antioquia-Semillero de Estudios sobre Minería; Fundación Henrich Böll Stiftung Colombia, 2019).

43 Estos son algunos hallazgos que se encontraron en la realización de la Thesina de Maestría **“Resisting extractivism? discourse analysis of the colombian constitutional court's jurisprudence. some reflections from the epistemologies of the south”**, realizada por el autor en el Máster en Sociología Jurídica del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati y la Universidad de País Vasco 2017-2018.

crítica, pretendiendo ver el juego de representaciones sociales en la manera en que la CCC construye el extractivismo, con el propósito de observar si en estos fallos esta retórica judicial se encuadra en un ejercicio de epistemologías del sur.

De esto se puede concluir que el discurso de la CCC frente a conflictos socioambientales y extractivismo está marcado por una ambivalencia entre el respaldo decidido al extractivismo, de un lado, y el cuidado ecológico y la protección de la participación ciudadana, de otro. Para ahondar en los resultados se expondrán los hallazgos en torno a las categorías de análisis que se consideraron esenciales para ver cómo la CCC construía su discurso respecto del extractivismo y los conflictos socioambientales.

5.4.1. Contribución a la retórica extractivista

Dentro del discurso de la CCC frente al extractivismo y conflictos socioambientales, hay dinámicas de poder en la que representaciones sociales que objetivan la naturaleza, privilegian el desarrollo económico, enarbolan el extractivismo como un elemento necesario para la vida socioeconómica del país, y relegan la participación democrática a la mera información u opinión sin poder de decisión. Allí se opacan las percepciones y saberes de pueblos en resistencia frente al extractivismo.

La CCC potencia la retórica extractivista en sus percepciones sobre la *naturaleza*, el *extractivismo*, y la noción predominante de *democracia y participación*. Las representaciones sociales en torno a estas categorías dan cuenta de cómo la CCC legitima y avala el extractivismo.

La categoría *naturaleza* fue abordada por la CCC primordialmente desde una postura occidente-céntrica. A pesar de que hay cláusulas constitucionales que señalan la preponderancia de la protección ecológica, en el discurso de la CCC la naturaleza fue concebida sobre todo como un contenedor de recursos naturales cuya explotación debía ser regulada y armonizada con la protección de derechos humanos. Del mismo modo, la naturaleza fue entendida como una entidad independiente de la sociedad y la

cultura, distinción esencial para legitimar actividades extractivas en función del crecimiento económico (Corte Constitucional, República de Colombia, 1997; 2003; 2013; 2018). Las visiones que sostenían una interdependencia entre naturaleza y sociedad no fueron abordadas en profundidad y fueron marginales en la argumentación central de la CCC.

La categoría *extractivismo* también fue abordada primordialmente desde miradas hegemónicas. En la mayor parte de su razonamiento, la CCC afirma la legitimidad jurídica y política del extractivismo en cuanto lo considera necesario para el desarrollo económico. Al no retarlo,⁴⁴ la CCC trata de conciliarlo con la protección ecológica y territorial, la salvaguarda de la integridad social, cultural y económica, y los derechos humanos. Tal conciliación tiene lugar en la participación de las comunidades afectadas (Corte Constitucional, República de Colombia, 1997; 2003; 2018), así como en las medidas de mitigación y reparación de daños (Corte Constitucional, República de Colombia, 2013).

La CCC mantiene entonces una visión de la naturaleza como un contenedor de recursos naturales, al tiempo que legitima la explotación de tales recursos en los siempre que respeten derechos étnicos y territoriales

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos (...) debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad (...) (Corte Constitucional, República de Colombia, 1997).

La categoría *participación y democracia* fue en mayor medida abordada desde el involucramiento y la información ciudadana. En gran parte de su razonamiento la CCC remarcó la importancia de propiciar espacios

44 La CCC, por ejemplo, no reta la legitimidad política de la construcción de la Represa del Quimbo, señalando que “No puede la Corte discutir la importancia que tiene la ejecución de proyectos como El Quimbo (...) (Corte Constitucional, República de Colombia, 2013)”

institucionales para que las comunidades potencialmente afectadas participaran y negociaran con actores políticos y económicos interesados la implementación de proyectos extractivistas en los territorios. Esto no sugería que los afectados tuvieran poder de decisión (Corte Constitucional, República de Colombia, 1997; 2003; 2013; 2018), como está presente en el fallo T-445 de 2016.

Se recuerda entonces que, cada vez que se vaya a realizar la ejecución de una obra que implica la intervención de recursos naturales, los agentes responsables deben determinar qué espacios de participación garantizar según qué personas vayan a verse afectadas (...) será obligatoria la realización de espacios de participación, información y concertación, que implican el consentimiento libre e informado (Corte Constitucional, República de Colombia, 2013)

Así por ejemplo, de manera regresiva, la CCC es enfática en afirmar que los ejercicios de democracia local no pueden prohibir el extractivismo

(...) la existencia de límites sobre las materias a decidir en una consulta popular territorial (...) implica que este mecanismo de participación ciudadana no puede ser utilizado para prohibir actividades de extracción en un determinado municipio o distrito (Corte Constitucional de la República de Colombia, 2018).

5.4.2. Emergencias de un discurso post-extractivista

Hay también emergencia en una retórica que al mismo tiempo da importancia a los derechos étnico-territoriales, a la participación ciudadana en decisiones ambientales que puedan afectarle, y a la protección ecológica. Se proponen allí visiones ampliadas del cuidado ecológico (como la existencia de derechos de la naturaleza) y se amplía el alcance de la participación hacia la posibilidad de incidir eficazmente a poblaciones afectadas por el extractivismo. En este punto, pueden verse algunas expresiones de epistemologías del sur en cuanto se integran saberes y percepciones de pueblos subalternizados por el extractivismo, y se plantean

emergencias de otros posibles frente a la democracia y la relación con la tierra.

A pesar de la fuerte contribución a la lógica extractivista, la CCC deja también espacios de construcción de un discurso que no sólo cuestiona el extractivismo y brinda visiones ecológicas del derecho, sino que se centra en empoderar a los afectados a fin de que decidan sobre sus territorios y destinos colectivos. Esto ocurre en las representaciones sociales en torno a las categorías *derechos y dignidad y participación y democracia*.

Frente a la categoría *derechos y dignidad* la CCC afirma la preponderancia jurídica y política de los derechos y principios constitucionales frente a actividades extractivas. En este sentido, la CCC resalta la centralidad de los derechos al medio ambiente sano, al territorio, y a la integridad social, cultural y económica de los pueblos étnicos. La manera de salvaguardarlos se relaciona con otros derechos trascendentales en la implementación de proyectos extractivos, a saber, la Consulta previa libre e informada de los pueblos étnicos,⁴⁵ y la participación en decisiones relacionadas con el manejo del territorio (Corte Constitucional, República de Colombia, 1997; 2003; 2013; 2016).

En torno a esta categoría hay emergencias de visiones ecológicas del derecho. Tales miradas afirman la interconexión entre la naturaleza y la sociedad, y la función del derecho en reforzar política y normativamente esta interdependencia. Ello se concreta en figuras jurídicas tales como los derechos de la naturaleza, considerándola un sujeto de derechos estrechamente conectado con la sociedad, y no un objeto del que se saca provecho. En esta medida, este razonar conlleva a la CCC a cuestionar el extractivismo por sus múltiples consecuencias adversas, advirtiendo la

45 Este derecho está contenido en el Convenio 169 de la OIT. En tal instrumento se señala que, a fin de salvaguardar la integridad étnica y territorial de los pueblos indígenas y tribales, se les debe consultar toda decisión económica o administrativa que afecte sus formas de ser y de vivir (Organización Internacional del Trabajo, 1989).

necesidad de repensar nuestras formas de vida y producción energética (Corte Consitucional de la República de Colombia, 2016).⁴⁶

Del mismo modo, la CCC brinda miradas renovadoras de la participación ciudadana ante la existencia de proyectos extractivos. Esto significa que frente a la categoría *participación y democracia* la CCC amplía su concepción en la medida en que afirma que la participación, además de la información y el involucramiento ciudadano, implica el efectivo poder de decisión de los potenciales afectados por el extractivismo (Corte Consitucional de la República de Colombia, 2016).

Para garantizar la adecuada materialización de los derechos a la participación de las comunidades o poblaciones afectadas por un proyecto extractivo, algunos autores han manifestado la importancia de establecer bases organizativas que tengan la capacidad de generar incidencia en la decisión, ya que una participación meramente simbólica en la toma de una determinación no podría estar dotada de la legitimidad que propugna el estado social y democrático de derecho que estableció la Carta del 91 si los afectados no son escuchados y su punto de vista es tenido en cuenta a la hora de tomar la decisión (Corte Consitucional de la República de Colombia, 2016).

Y agrega la CCC en lo referente a la democracia

Por ello entonces al concepto de democracia representativa se adiciona, entonces, el de democracia de control y decisión (Corte Consitucional de la República de Colombia, 2016).

Esta ambivalencia ha del discurso de la CCC debe observarse con mucha prudencia y detenimiento en lo que ha pasado hasta la fecha en que

46 Si bien este razonamiento no hace parte de la *ratio decidendi del fallo*, es relevante en la medida en que la CCC se distancia de nociones hegemónicas que objetivan la naturaleza y enarbolan el extractivismo.

presentamos este trabajo. Desde finales de 2018, la CCC ha venido cambiando no sólo su retórica sino sus decisiones frente al extractivismo y los conflictos socioambientales. Ha construido un discurso que refuerza toda la dominancia del extractivismo y opaca las emergencias en materia democrática y ecológica. Acudiendo a los postulados de la seguridad jurídica, el desarrollo económico y la articulación entre los niveles nacional, regional, y local, ha tomado decisiones que le quitan poder de decisión a las autoridades locales y a los ciudadanos. En esta medida, ha fallado en parte contradiciendo su propio precedente para privilegiar una lógica centralista y corporativista. Legítima una extracción de recursos planeada desde las autoridades centrales y las empresas extractivas, y en la que poco poder de decisión le queda a los gobiernos locales y la ciudadanía afectada y en movilización.⁴⁷

Este achicamiento de la participación ciudadana y la protección ecológica ante el extractivismo en el discurso de la CCC, ha generado fuertes cuestionamientos al operar de la CCC desde varios sectores, entre ellos, el de operadores jurídicos en asuntos ambientales comprometidos con la defensa de la naturaleza y los territorios. Así, por ejemplo, juristas como José Gregorio Hernández y Rodrigo Negrete, han asumido que en materia de extractivismo, participación democrática y protección ambiental, la CCC ha venido desdibujando, o reformando de facto si se quiere, los postulados constitucionales. En las recientes decisiones la CCC se ha posicionado cada vez cercana las empresas extractivas, lejana de autoridades y poblaciones

47 En este respecto están la Sentencia SU-095 de 2018, que limita significativamente el alcance de las consultas populares que se hagan en territorios cuyas poblaciones se oponen al extractivismo; la Sentencia C-053 de 2019, que declara inexecutable el artículo 33 de la Ley 134 de 1994, el cual obligaba a los Municipios a realizar consultas populares cuando se fueran a implementar cambios definitivos en los usos del suelo (como la consolidación de proyectos extractivos); y la Sentencia T-342 de 2019, la cual impide que en Acuerdos Municipales o Planes de Ordenamiento o Esquemas Territoriales, se prohíban actividades extractivas. Estas decisiones minan varios mecanismos jurídicos mediante los cuales las comunidades se oponían legalmente al extractivismo.

que se oponen al extractivismo (La Voz del Derecho. Debates Constitucionales, 2019).

Contrastando los resultados mencionados con las últimas decisiones de la CCC, se considera que un análisis del discurso en perspectiva crítica permite desentrañar estas intenciones de poder coporativo que hay detrás de cada fallo. Estamos virando cada vez más hacia un discurso que impone la hegemonía del extractivismo no sólo en lo económico, sino en lo jurídico-político, y que cada vez más subalterniza los conocimientos, saberes y construcciones de los pueblos en resistencia contra el extractivismo. Así que lejos de virar hacia un derecho crítico, transformador, emancipatorio, decolonial y postabismal, estamos en presencia de una regulación que profundiza la colinialidad del poder y el saber en la relación con la humanidad y la naturaleza.

5.5. Conclusiones

En este trabajo se presentaron algunas reflexiones sobre aspectos metodológicos y epistemológicos de la investigación sociojurídica. Ellas provinieron principalmente del trabajo investigativo que hemos hecho empleando metodologías de la sociología jurídica. Así que una parte del trabajo estuvo dedicada a lo que considerábamos pertinente afirmar sobre los alcances metodológicos y epistemológicos de la investigación social en general, y la investigación sociojurídica en particular. Nuestro punto de enfoque giró en torno a la problematización de la neutralidad como postulado dorsal tanto de la investigación social como sociojurídica. En lugar de neutralidad, la investigación debería estar guiada por empoderamiento, el compromiso con los grupos subalternizados, y la posibilidad de transformación social.

Desde el punto de vista metodológico, ello implicaba el uso de metodologías como la observación participante, la etnografía de escucha profunda (Segato, 2016), y la investigación-acción participación (Borda, 2009). En la Sociología Jurídica, ello podría verse reflejado en la actitud investigativa comprometida con los pueblos subalternizados en resistencia (Santos, 2018)

y la investigación anfibia (Rodríguez, 2013). Desde el punto de vista epistemológico, el trastocamiento de la neutralidad implicaba virar hacia el ejercicio de epistemologías del sur (Santos, 2016) y la transición hacia el pluriverso (Escobar, 2018). Desde la Sociología Jurídica, ello se vería reflejado en una Teoría Jurídica Crítica (Wolkmer, 2017) centrada en hacer del derecho una posibilidad para superar la colonialidad del saber y del poder, y en la transición hacia un derecho post-abismal (Santos, 2017) en el que el derecho se construyera, pensara y aplicara desde la óptica de quienes históricamente han sido relegados a la no existencia.

La otra parte se centró en las aproximaciones desde la práctica. Aquí hicimos mención de cómo se podría emplear la metodología del análisis del discurso jurídico en perspectiva crítica (Fairclough, 2003), y cómo ello podría llevarse al estudio del discurso jurídico, especialmente del jurisprudencial. Finalmente, referenciamos cómo en nuestra experiencia investigativa esta metodología arrojó algunos resultados frene al discurso de la CCC en la construcción del extractivismo, y cómo hoy tales construcciones son confrontadas con un viraje hacia el corporativismo y el achicamiento de la democracia.

Con este breve recorrido reafirmamos nuestra postura frente a la investigación sociojurídica. El estudio de la relación entre derecho y sociedad, su mutua incidencia, y las posibilidades de emancipación y transformación, debe ser trazado por una metodología comprometida y volcada hacia la transformación y empoderamiento. Metodológica y epistemológicamente no cabe la neutralidad (el investigador o investigadora es ante todo un sujeto político con responsabilidades históricas), y en lugar de analizar en clave de distanciamiento y “rigurosidad”, se debe investigar para generar diagnósticos críticos y profundos, posicionarse al lado de quienes son subalternizados, y apostarle al cambio social con justicia socioecológica.

Estas reflexiones son esenciales a la hora de analizar discursos jurídicos, que para nuestra experiencia cobran vital importancia en la construcción del mundo social. Al igual que el discurso en general (Escobar, 2010), el discurso sociojurídico es una construcción misma de posibles que

intervienen la realidad socio-política. Un análisis neutral de discursos enmascara dominación y colonialidad del saber y el poder, asuntos a los que una investigación sociojurídica comprometida debe oponerse. En este sentido, no cabe en su análisis una actitud neutral, sino por el contrario, una actitud crítica y comprometida con la transformación social y la democracia. Esto se conecta con su potencial no sólo de diagnóstico y denuncia, sino también propositivo. De análisis críticos que rebatan la neutralidad pueden surgir propuestas de construcción de posibles que sean alternativas creíbles a las crisis que atraviesan nuestros tiempos.

5.6. Referencias

- Platón. (1988). Teeteto. En Platón, *Diálogos V. Parménides, Teeteto, Sofista, Politico* (págs. 139-317). Madrid: Gredos.
- Heidegger, M. (2008). *Preguntas Fundamentales de la Filosofía*. Granada: Comares.
- Aristóteles. (2014). *Metafísica*. Madrid: Alianza Editorial.
- Heidegger, M. (2012). *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta.
- Jaeger, W. (1957). La herencia de Sócrates. En W. Jaeger, *Paideia: los ideales de la cultura griega* (págs. 389-457). México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Aquino, T. D. (1993). *Suma de teología. I—II*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Pieper, J. (1979). ¿Qué significa filosofar? En J. Pieper, *El ocio y la vida intelectual*. Madrid: Ediciones RIALP.
- Villabell Armengol, C. M. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. En W. A. Godínez Méndez, & J. H. García Peña, *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas*. (págs. 921-953). México, D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.
- Kant, M. (1991). *Crítica del Juicio*. México, D.F: Porrúa.
- Eggers Lan, C. (1981). Introducción General. En *Los filósofos presocráticos. I*. (págs. 9-45). Madrid: Gredos.

- González, C. M. (1997). El pensar y la soledad. *Revista Colombiana de Psicología*, 145-151.
- Escudero, J. A. (2016). *Guía de lectura de Ser y Tiempo*. Barcelona: Herder.
- Zuleta, E. (2010). *Arte y filosofía*. Medellín: Hombre Nuevo Editores.
- Zuleta, E. (1995). Educación y filosofía. En E. Zuleta, *Educación y democracia. Un campo de combate* (págs. 93-119). Bogotá: Corporación Tercer Milenio y Fundación Estanislao Zuleta.
- Zuleta, E., & Suárez, H. (2010). La educación un campo de combate. En E. Zuleta, L. Restrepo, R. Pérez, F. Viviescas, D. Grueso, H. Villa, y otros, *Conversaciones con Estanislao Zuleta* (págs. 203-236). Medellín: Hombre Nuevo Editores.
- Nietzsche, F. (2011). *Así habló Zaratustra*. Madrid: Alianza Editorial.
- Zuleta, E. (2009). Sobre “De las tres transformaciones del espíritu”. En E. Zuleta, *Comentarios a Así hablaba Zaratustra de Friedrich Nietzsche* (págs. 37-48). Medellín: Hombre Nuevo Editores.
- Babbie, E. (2016). Chapter 1. Human Inquiry and Science. En E. Babbie, *The Practice of Social Research* (págs. 6-12). United Kingdom: Chapman University.
- Tamanaha, B. Z. (1997). *Realistic Sociol-Legal Theory. Pragmatism and a Social Theory of Law*. New York: Oxford University Press.
- Kincheloe, J. L., & McLaren, P. (2008). Rethinking Critical Theory and Qualitative Research. En N. K. Denzin, & Y. S. Lincoln, *The Landscape of Qualitative Research* (págs. 404-435). London-United Kingdom: Sage Publications, Inc.
- Lather, P. (2003). Issues of Validity in Openly Ideological Research: Between a Rock and Soft Place. En Y. Lincoln, & N. Denzin, *Turning Points in Qualitative Research* (págs. 185-210). New York: Altamira Press.
- Borda, F. (2009). *Una sociología sentipensante para América Latina. Antología*. Bogotá: CLACSO-Siglo del Hombre Editores.
- Santos, B. (2016). *Epistemologies of the South. Justice against Epistemicide*. New York: Routledge Taylor & Francis Group.
- Wolkmer, A. (2017). *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*. México: Akal.

- Segato, R. (2016). Patriarcado: al borde del centro. Disciplinamiento, territorialidad y crueldad en la fase apocalíptica del acpital. En R. Segato, *La guerra contra las mujeres* (págs. 91-109). Madrid: Traficantes de Sueños.
- Santos, B. (march de 2018). Beyond the abyssal line. *Course of Social Theory of Law* . Oñati, Basque Country, España: Oñati International Institute for the Sociology of Law.
- Rodríguez, C. (2013). *Investigación Anfibia. La investigación-acción en un mundo multimedia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad Dejusticia.
- Escobar, A. (2018). *Otro posible es posible: Caminando hacia las transiciones desde Abya Yala/Afro/Latinoamérica*. Bogotá: Ediciones Desde Abajo.
- Santos , B. (2017). The Resilience of Abyssal Exclusions in Our Societies> Toward a Post/Abyssal Law. *Tilburg Law Riview* 22 (2017) , 237-258.
- Wodack, R. (2007). Critical discourse Analysis. En C. Seale, G. Giampetro, J. Grubrium, & D. Silverman, *Qualitative Research Practice* (págs. 185-203). London: Sage Publications.
- Ewick, P., & Silbey, S. (1998). *The Common Place of Law: Stories form Everyday Life. Series in Law and Society Langugage and legal discourse*. Chicago: University of Chicago Press.
- López, D. (2009). *El Derecho de Los Jueces. Obligatoriedad del Precedente Constitucional. análisis de Sentencias y Líneas Jurisprudenciales y Teoría del Derecho Judicial*. Bogotá: Legis-Universidad de Los Andes.
- Neuman , L. (2013). *Social Research Methods: Qualitative and Quantitative Approaches*. United States of America: Pearson Education Limited.
- Santos , B. (2007). From an Epistemology of Blindness to an Epistemology of Seeing. En B. Santos, *Cognitive Justice in a Global World. Prudent Knowledges for a Decent Life* (págs. 407-439). New York. : Lexington Books Rowman & Littlefield Publishers. INC.
- Santos, B. (2012). *Una epistemología del sur*. México: Siglo XXI Editores-Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO.
- Santos , B. (2016). *Epistemologies of the South. Justice against Epistemicide*. New York: Routledge Taylor & Francis Group.

- Santos, B. (2009). *Sociología Jurídica Crítica. Para un Nuevo Sentido Común en el Derecho*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA.
- Tamanaha, B. Z. (1997). *Realistic Sociol-Legal Theory. Pragmatism and a Social Theory of Law*. New York: Oxford University Press.
- Santos, B. (2010). *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder*. Montevideo, Uruguay: Ediciones TrilceExtensión Universidad de la República.
- Quijano, A. (2010). Coloniality and Modernity/Rationality. En W. Mignolo, & A. Escobar, *Globalization and the Decolonial Option* (págs. 22-33). London and New York: Routledge Taylor & Francis Group.
- Walsh, C. (2010). Shifting the Geopolitics of Critical Knowledge: Decolonial Thought and Cultural Studies 'Others' in the Andes. En W. Mignolo, & A. Escobar, *Globalization and the Decolonial Option* (págs. 78-94). London and New York: Routledge Taylor & Francis Group.
- Santos, B. (2017). The Resilience of Abyssal Exclusions in Our Societies Toward a Post/Abyssal Law. *Tilburg Law Riview* 22 (2017) , 237-258.
- Fierke, K. (2004). World or Worlds? The Analysis of content and Discourse. *Human Communication Research*, 21. Spring , 553-574.
- Fairclough, N. (2003). *Analysing Discourse. Textual analysis for Social Research*. New York: Routledge Taylor & Francis Group.
- Hepburn Alexa, & Potter , J. (2007). Discourse analytic practice. En C. Seale , G. Gobo, J. Gubrium, & D. Silverman, *Qualitative Research Practice. Concise Paperback Edition* (págs. 168-184). London: Sage Publications.
- Santos , B. (2016a). *Epistemologies of the South. Justice against Epistemicide*. New York: Routledge Taylor & Francis Group.
- Potter, J., & Wetherell, M. (2002). Unfolding Discourse Analysis. En M. Wetherell, S. Taylor, & S. Yates J, *Discourse Theory and Practice. A reader* (págs. 198-210). London: Sage-the Open University.
- Chouliaraki, L., & Fairclough, N. (1999). The critical analysis of discourse. En L. Chouliaraki, & N. Fairclough, *Discourse in Late Modernity. Rethinking Critical Discourse Analysis* (págs. 53-74). Edinburg: Edinburg University Press.

- Escobar, A. (2016). Thinking-feeling with the Earth: Territorial Struggles and the Ontological Dimension of the Epistemologies of the South. *Revista de Antropología Iberoamericana Volume 11 Issue 1 January - April 2016* , 13-32.
- García, M. (2015). *la Eficacia Simbólica del Derecho. Sociología Política del Campo Jurídico en América Latina. Segunda Edición*. Bogotá: Iepri-Debate-Universidad Nacional de Colombia.
- Treves, R. (1988). *La Sociología del derecho. Orígenes, investigaciones y problemas*. España: Ariel.
- Merry, S. E. (1992). Anthropology, Law, And Trnsnational Processes. *Annual Review of Anthropology 1992 21. Department of Anthropology, Wellesly College, Wellesly, Massachusetts* ,351-397.
- Silbey, S. S. (1992). Making a Place for Cultural Analyses of Law. *Law and Social Inquiry. Journal of the American Bar Foundation* , 39-49.
- Ferrari, V. (2015). *Primera Lección de Soiología del Derecho* . Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores- Colección Derecho y Sociedad. Universidad de los Andes.
- Rodríguez Garavito, C., & Rodríguez Franco, D. (2010). Las Cortes y el Cambio Social Estructural: los efectos del Constitucionalismo Progresista. Introducción. En C. Rodríguez Garavito, & D. Rodríguez Franco, *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional Transformó el Desplazamiento Forzado en Colombia* (págs. 12-66). Bogotá: Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad.
- Sarat, A., & Scheingold , S. (2005). The Dynamics of Cause Lawyering. Constraint and Opportunities. En A. Sarat, & S. Scheingold, *The Worlds Cause Lawyers Make. Structure and Agency in Legal Practice* (págs. 1-34). California: Stanford University Press.
- Santos, B. (2002). *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization and Emancipation. Second Edition*. United Kingdom: Butterworths Lexis Nexis.

- Santos, B. (2016b). Pensamientos y Poderes. La Construcción de Horizontes Civilizatorios. En O. D. Soto, & M. E. Sáncchez, *El Poder de Hoy. Conferencias Magistrales de la Cátedra Alain Touraine* (págs. 41-69). Puebla, México: Universidad Iberoamericana Puebla-Centre D'Analyse et D'intervention Sociologiques, Cadis-Centro de Estudios Mexianos y Centroamericanos del Ministerio Francés de Relaciones Exteriores CEMCA.
- López, D. (2009). *El Derecho de Los Jueces. Obligatoriedad del Precedente Constitucional. análisis de Sentencias y Líneas Jurisprudenciales y Teoría del Derecho Judicial*. Bogotá: Legis-Universidad de Los Andes.
- Cepeda, M., & Landau, D. (2017). The Constitutional Court. En M. Cepeda, & D. Landau, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases* (págs. 23-52). New York: Oxford University Press.
- Iturralde, M. (2015). Access to Constitutional Justice in Colombia: Opportunities and Challenges for Social and Political Change. En D. Bonilla, *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia* (págs. 361-403). London: Cambridge University Press.
- García, M., & Uprimny, R. (2004). Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En M. García Villegas, & B. Santos, *Emancipación social y violencia en Colombia* (págs. 463-514). Bogotá: Norma.
- Escobar, A. (2000). El Lugar de la Naturaleza y la Naturaleza del Lugar: ¿Globalización o posdesarrollo? En E. Lander, *La Colonialidad del Saber: Eurocentrismo y Ciencias Sociales. Perspectivas Latinoamericanas* (págs. 113-145). Buenos Aires, Argentina: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO-UNESCO.
- Ciocchini, P. (2015). Enfrentando la Opacidad de la Institución Judicial. *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies. Volume 7 Issue 1 ISSN 1988-0847*, 1-11.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (1997). *Sentencia SU-039 de 1997. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia, Relatoría.
- Corte Constitucional, República de Colombia. (2003). *Sentencia T-955 de 2003. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis*. Bogotá: Corte Constitucional-Relatoría.

- Corte Constitucional, República de Colombia. (2013). *Sentencia T-135 de 2013. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2018). *Comunicado de Prensa No 40. Magistrada Ponente, Cristina Pardo Shlesinger*. Bogotá: Relator.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2016). *Sentencia T-445 de 2016. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá: Relatoría de la Corte Constitucional de Colombia.
- La Voz del Derecho. Debates Constitucionales. (2019). *El “Fracking”, la democracia participativa y el principio de precaución*. Recuperado el 25 de septiembre de 2019, de La Voz del Derecho. Debates Constitucionales: https://www.youtube.com/watch?v=8_Lb0NJtPxs
- Escobar, A. (2010). Worlds and Knowledges Otherwise: The Latin American Modernity/Coloniality Research Program. En W. Mignolo, & A. Escobar, *Globalization and Decolonial Option* (págs. 33-65). London and New York: Routledge Taylor & Francis Group.

INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO



UNIVERSIDAD
SANTOTOMÁS
TUNJA