

Reflexiones sobre la investigación jurídica*

El derecho como ciencia

Cuando se plantea una investigación jurídica a cualquier nivel es frecuente reflexionar sobre premisas iniciales básicas que expresan interrogantes difíciles de responder y abordar, por ejemplo:

- ¿El derecho es una ciencia formal o es una ciencia social-factual?
- ¿Es viable, en una investigación jurídica, plantearse ante un tema-problema enfoques cuantitativos o cualitativos?
- ¿Al construir por el investigador, el objeto de investigación jurídica juega algún papel la relación sujeto-objeto o el llamado objeto subjetivado de Bourdieu y de los científicos sociales?

Para iniciar la reflexión al respecto, es indispensable concebir al derecho como una disciplina compleja, que tiene su base conceptual en el lenguaje normativo, que en forma general, abstracta e indeterminada actúa en contextos socio-culturales y políticos dinámicos,

* Elaborado por Jorge Alberto Witker Velásquez. Investigador titular C de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Galardonado con el Premio Universidad Nacional en Ciencias Sociales. SNI nivel III. ORCID: 0000-0003-0545-8988.

y en constante transformación. Por ello, en la investigación jurídica contemporánea es fundamental identificar los dos órdenes o subsistemas en los que se aplican las normas y principios jurídicos. En consecuencia, es fundamental diferenciar el orden social-cultural-político, por una parte, y el orden jurídico-normativo, por la otra.

1. Espacio social-cultural-político. El espacio político es complejo por los diversos actores sociales y sus distintas concepciones del mundo, con proyectos de construcciones sociales e intereses diversos. Así, el eje de las ciencias sociales en Latinoamérica es multifactorial y multidimensional.

Estos actores participan en un escenario supuestamente homogéneo que los reprime cuando exceden esa paz pública horizontal y de consenso. Se trata de proyectos heterogéneos y dispersos según la pluralidad de intereses que operan en el espacio político.

2. El orden jurídico-normativo. Este orden, por el contrario, es homogéneo, horizontal y siempre es un orden desfasado que viene detrás de los acontecimientos del espacio político, lo que le da un déficit de entrada al derecho y sus normas jurídicas.
3. Este desajuste entre orden político y orden jurídico es palpable en varios campos del derecho, especialmente en el ámbito de los derechos humanos en el que, por ejemplo, los derechos de vivienda y de salud son derechos fundamentales que no se aplican en nuestras realidades sociales. En este desfase surgen iniciativas legítimas y propias de cada cultura y país, las cuales emergen de la contradicción entre dominio, hegemonía y coerción.
4. La tarea de homogeneidad que cumple el derecho y la norma jurídica en las sociedades actuales se relaciona con el concepto de “subalternidad”, que impulsan y generalizan los medios de divulgación (televisión, prensa, radio), los cuales introducen productos e ideas que, siendo perjudiciales para todos, se aceptan

con entusiasta empatía natural, como el caso de los alimentos industrializados (chatarra) y otros casos similares.

5. Esta subalterinidad tiene que ver, en parte, con la coacción del derecho que se impone a través de leyes, derivadas de legisladores poco representativos de la gente y cada vez más alejados de los representados y más cercanos a grupos de intereses cerrados.
6. Si no hay un ajuste de las normas jurídicas con los espacios sociales-culturales-políticos, que se expresan en los actores diversos y contradictorios, surgen los conflictos y la violencia, que en la región se manifiestan en diversos sectores indígenas, comunidades, campesinos, ecologistas, feministas y trabajadores en diversos sectores, especialmente en la industria extractiva y minera en América Latina.
7. En efecto, en un plano ideal, un Poder Legislativo eficiente tiene la tarea de ajustar estos desfases pero, por la burocracia imperante y arreglos entre grupos de intereses, su accionar no cumple esa tarea tan importante de ajustar la norma jurídica a los espacios sociales-culturales y políticos.

Otros poderes que podrían intentar esfuerzos de ajustes podrían ser los judiciales, a través de la hermenéutica judicial, dado el carácter indeterminado del derecho y las normas jurídicas en general. Sin embargo, estos poderes judiciales en general son débiles, no asumen y están subordinados directa o indirectamente al Poder Ejecutivo que los elige.

8. En el derecho comparado, por ejemplo, esta creatividad judicial es más notoria en los derechos anglosajones, en donde hay experiencias de jueces capaces de aplicar normas internacionales protectoras de derechos humanos por arriba de su propio derecho interno.

9. En México, con la reforma constitucional de 2011 y la incorporación de los principios en materia de derechos humanos, establecidos en la Constitución federal, se abren perspectivas hermenéuticas potenciales de creación judicial y jurídicas flexibles para hacer prevalecer los derechos fundamentales por parte de los tribunales, como lo planteó en una tesis aislada el exministro presidente, Juan Silva Meza, sobre el mínimo vital que según la Constitución y los tratados internacionales favorecerían a los mexicanos.

El derecho como lenguaje epistémico

1. Debe aceptarse que entre los lenguajes más importantes del ser humano está el lenguaje jurídico, con el cual se construyen instituciones, sociedades, familias y, en general, toda organización de la vida comunitaria. En este sentido, las normas jurídicas expresan conceptos que se interpretan o aplican a contextos o contenidos socioculturales y políticos específicos. Como las normas jurídicas son en general indeterminadas y abstractas, nos preguntamos si dichos conceptos implican una fijeza invariable de los contenidos. Como vimos anteriormente, estos contenidos se dan en el espacio político debido a que el derecho y el principio de legalidad deben ser congelados al concepto normativo.

La interrogante epistémica al respecto es saber si el derecho y sus normas aceptarían, vía hermenéutica, una visión flexible, es decir, si el contexto admite aperturas de interpretación, aplicación, o si la visión epistémica es de cierre conceptual.

En efecto, en una norma jurídica un concepto está expresado con lenguaje técnico jurídico, concepto que envuelve un principio y del cual nos interrogamos si dicho principio se mantiene siempre fijo frente a contenidos o contextos que

varían por los cambios socioculturales, propios de sociedades en movimiento, y en consecuencia esas variaciones de contenidos puedan cubrirse, interpretarse o aplicarse sin desvirtuar su esencia descriptiva o prescriptiva. En otras palabras, el derecho epistemológicamente ofrecería, vía hermenéutica, una posible adaptación a los impactos e influencias tecnológicas que hoy se expanden en todos los niveles de la actividad humana.

Estamos frente a una opción dogmática y cerrada de la norma jurídica o frente a opciones abiertas flexibles en que las normas jurídicas acompañan los procesos de cambio en los contenidos y contextos.

2. Al respecto, hay algunos ejemplos que pueden ilustrar estas reflexiones epistémicas:

a) El contrato de compraventa de nuestros códigos civiles latinoamericanos sostiene que éste es de carácter consensual, en el que un comprador y un vendedor acuerdan, sobre una cosa determinada, entregar y un precio a pagar, proyectando, en general, una idea presencial de ambos contratantes.

Con el Internet y otros avances digitales surge el comercio electrónico, en el que los dos personajes de la norma jurídica se transforman en cuatro sujetos actuantes, aunque se mantienen los derechos y obligaciones de los dos originales. En este caso estaríamos ante una aplicación flexible de la norma conceptual sin desvirtuar su esencia.

b) Otro ejemplo que pudiera abonar estas ideas lo encontramos en la rendición de pruebas a distancia, en la validez de resoluciones arbitrales de tribunales de miembros no presenciales, la firma electrónica, las licitaciones públicas virtuales y el intercambio de correos electrónicos como prueba de solicitud de compras, etcétera.

c) En el ámbito de derecho de autor, la propiedad intelectual ha enfrentado complejos problemas con los avances del espacio digital de la música. Anteriormente, las melodías de un autor eran editadas por casas matrices de grabación, las cuales operaban con fuertes inversiones en infraestructura y grababan conciertos de intérpretes distintos al autor de la melodía, y por dicho proceso obtenían ingente rentabilidad a costa de un reducido derecho de autor, el cual quedaba limitado a muy poco en relación con los ingresos de las empresas matrices.

Hoy día, el autor de una melodía puede contratar a un intérprete o hacerlo él mismo en su estudio, con música y ritmos pregrabados, sin orquesta e infraestructura, y recuperar sus derechos de autoría y patrimoniales sin violar ninguna norma jurídica expresa.

3. Estos ejemplos y muchos otros, que valdría la pena investigar en las distintas ramas del derecho, nos insinúan que una interpretación epistémica flexible de las normas jurídicas puede cumplir con la cooperación de la hermenéutica, docencia e investigación jurídicas actualizadas; resolver el desfase o desajuste que mencionamos en la parte primera de estas reflexiones, y con ello hacer de las normas jurídicas instrumentos de convivencia social más armónica.

Quizás la única rama del derecho más difícil de comprender en esta visión es el derecho penal, que mediante el principio de legalidad, al margen de los avances de la nueva justicia penal garantista que se abre paso en Latinoamérica, no aceptaría dicha visión abierta y no tan cerrada de la norma jurídica, como lo postula la dogmática penal.

Por ello, consideramos original que el actual contenido del curso de metodología de la investigación jurídica supere las visiones tradicionales del derecho formal

e incursione por aperturas epistémicas hacia el mundo social-cultural-político, con lo cual legitima investigaciones sociojurídicas que tan ausentes están en nuestras facultades de derecho sobre la aplicación y vigencia real de los derechos humanos, especialmente los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.