

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POST-GRADO
DOCTORADO EN DERECHO



**LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN LAS
ESCUELAS DE POSTGRADO
DEL SUR DEL PAÍS**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO
ACADÉMICO DE DOCTOR
EN DERECHO PRESENTADO
POR EL MAGÍSTER:
**ZOILO LINO ARANZAMENDI
NINACONDOR**

Arequipa – Perú
2008

ÍNDICE

| | |
|--------------|-----|
| RESUMEN | v |
| ABSTRACT | vi |
| INTRODUCCIÓN | vii |

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS PREDOMINANTES EN LA CIENCIA JURÍDICA

| | |
|---|----|
| 1. CUESTIONES INICIALES | 1 |
| 2. EVOLUCIÓN DE LA FILOSOFÍA, LA CIENCIA Y EL DERECHO | 4 |
| 2.1. LAS REGLAS DE CONDUCTA EN LAS SOCIEDADES PRIMITIVAS | 4 |
| 2.2. PRIMERAS CONCEPCIONES FILOSÓFICAS Y JURÍDICAS | 7 |
| 2.3. ORÍGENES DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA Y LA CIENCIA JURÍDICA | 9 |
| 3. LA EPISTEMOLOGÍA Y LAS DIRECCIONES JUSFILOSÓFICAS | 14 |
| 3.1. CONCEPTO Y DESARROLLO DE LA EPISTEMOLOGÍA | 14 |
| 3.2. IMPORTANCIA DE LA EPISTEMOLOGÍA | 17 |
| 3.3. LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA. | 19 |
| 4. ENFOQUES EPISTEMOLÓGICOS ACERCA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y CIENCIA DEL DERECHO | 21 |
| 5. FUNDAMENTOS SOBRE LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO | 26 |
| 6. PRECURSORES DE LAS TENDENCIAS EPISTEMOLÓGICAS DEL DERECHO | 33 |
| 7. CORRIENTES EPISTEMOLÓGICAS PREDOMINANTES EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO | 41 |
| 7.1. EL DERECHO NATURAL O JUSNATURALISMO | 41 |
| 7.2. EL POSITIVISMO JURÍDICO | 44 |
| 7.3. EL HISTORICISMO JURÍDICO | 48 |
| 7.4. EL COMMON LAW | 50 |
| 7.5. LA FENOMENOLOGÍA JURÍDICA | 51 |
| 7.6. ESCUELA EGOLÓGICA DEL DERECHO | 52 |
| 7.7. EL MATERIALISMO HISTÓRICO O DIALÉCTICA MATERIALISTA. | 53 |
| 7.8. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO | 55 |
| 7.9. TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO | 56 |
| 7.10. TEORÍA DE LOS VALORES | 57 |
| 7.11. LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO | 58 |
| 7.12. TEORÍA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED) | 59 |
| 7.13. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA (TAJ) | 61 |

| | |
|--|----|
| 8. LA CIENCIA Y EL MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 65 |
| 8.1. NOCIONES DEL MÉTODO CIENTÍFICO | 65 |
| 8.2. EL MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 68 |

CAPÍTULO II

LO CUALITATIVO Y CUANTITATIVO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN ESCUELAS DE POSTGRADO DEL SUR DEL PAÍS

| | |
|--|-----|
| 1. APRECIACIONES GENÉRICAS DEL PROBLEMA | 71 |
| 2. EL ENFOQUE CUANTITATIVO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 73 |
| 3. EL ENFOQUE CUALITATIVO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 80 |
| 3.1. ORÍGENES DE LA INVESTIGACIÓN CUALITATIVA | 80 |
| 3.2. IDEAS CONCEPTUALES DE LA INVESTIGACIÓN CUALITATIVA | 82 |
| 3.3. CARACTERÍSTICAS DE LA INVESTIGACIÓN CUALITATIVA. | 85 |
| 3.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN CUALITATIVA | 89 |
| 3.5. DIFERENCIAS DE LA INVESTIGACIÓN CUALITATIVA Y CUANTITATIVA | 91 |
| 4. PARTICULARIDADES METODOLÓGICAS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 96 |
| 5. FUNDAMENTOS ACERCA DEL CARÁCTER CUALITATIVO DEL DERECHO | 104 |

CAPÍTULO III

DIAGNÓSTICO DE LAS TESIS EN DERECHO DE LAS ESCUELAS DE POSTGRADO DE LA REGIÓN SUR DEL PAÍS

| | |
|--|-----|
| 1. PREMISA | 108 |
| 2. TESIS DE MAGÍSTER DE LAS ESCUELAS DE POSTGRADO SOMETIDAS A ANÁLISIS | 110 |
| 2.1. ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO DE ABAD DEL CUSCO | 110 |
| 2.2. ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO – PUNO | 111 |
| 2.3. ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD ANDINA “NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ” – JULIACA | 112 |
| 2.4. ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA | 113 |
| 2.5. ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN DE AREQUIPA | 116 |
| 2.6. ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA | 118 |
| 3. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS | 120 |

| | |
|---|-----|
| 4. OBSERVACIONES A LAS TESIS ANALIZADAS | 138 |
| 4.1. OBSERVACIONES DE FONDO | 138 |
| 4.2. OBSERVACIONES DE FORMA | 143 |
| 5. PROBABLES CAUSAS DE LA DEFICIENCIAS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 146 |
| CONCLUSIONES | 149 |
| SUGERENCIAS METODOLÓGICAS | 152 |
| SUGERENCIA Nº 1 | 152 |
| SUGERENCIA Nº 2 | 154 |

PROPUESTAS METODOLÓGICAS PARA EL DISEÑO DE UN PROYECTO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

| | |
|---|-----|
| 1. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA | 154 |
| 2. SIGNIFICADO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 155 |
| 3. PARTES CARDINALES DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN | 157 |
| 4. ESTRUCTURA DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 160 |
| 4.1. SELECCIÓN DEL ÁREA Y TEMA DE INVESTIGACIÓN | 160 |
| 4.2. TÍTULO PROVISIONAL DE LA TESIS | 162 |
| 4.3. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA MATERIA DE INVESTIGACIÓN | 164 |
| 4.4. FORMULACIÓN DE LAS INTERROGANTES DEL PROBLEMA | 168 |
| 4.5. DETERMINACIÓN DE LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN | 170 |
| 4.5.1. DEFINICIÓN DE OBJETIVOS | 170 |
| 4.5.2. OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS | 171 |
| 4.6. JUSTIFICACIÓN Y UTILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN | 173 |
| 4.7. ALCANCES E IMPORTANCIA DEL MARCO TEÓRICO | 175 |
| 4.7.1. ASPECTOS CONCEPTUALES | 175 |
| 4.7.2. ELEMENTOS DEL MARCO TEÓRICO | 177 |
| 4.8. LA HIPÓTESIS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 179 |
| 4.8.1. REFERENCIAS CONCEPTUALES | 179 |
| 4.8.2. IMPORTANCIA DE LA HIPÓTESIS | 182 |
| 4.8.3. PRESUPUESTOS PARA LA FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS | 183 |
| 4.8.4. ORIGEN Y FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS | 185 |
| 4.8.5. VERIFICACIÓN Y CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS | 185 |
| 4.9. VARIABLES E INDICADORES | 186 |
| 4.9.1. CONCEPTO DE VARIABLE | 186 |
| 4.9.2. CLASES DE VARIABLES EN LO JURÍDICO | 187 |
| 4.9.3. EJEMPLO DE HIPÓTESIS, VARIABLES E INDICADORES | 187 |
| 5. LA TIPOLOGÍA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 191 |
| 5.1. HISTÓRICO – JURÍDICO | 191 |
| 5.2. JURÍDICO – COMPARATIVO | 191 |
| 5.3. JURÍDICO – DESCRIPTIVO | 193 |
| 5.4. JURÍDICO – EXPLORATORIA | 194 |
| 5.5. JURÍDICO – PROYECTIVA | 194 |
| 5.6. JURÍDICO - PROPOSITIVA | 195 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 5.7. | JURÍDICO –CAUSAL Y CORRELACIONAL | 196 |
| 5.8. | JURÍDICO – EXPLICATIVO | 196 |
| 6. | LOS MÉTODOS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 197 |
| 6.1. | ACEPCIONES Y CARACTERÍSTICAS DEL MÉTODO | 197 |
| 6.2. | ORIENTACIONES METODOLÓGICAS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 199 |
| 6.2.1. | MÉTODO EXEGÉTICO | 199 |
| 6.2.2. | MÉTODO DOGMÁTICO | 202 |
| 6.2.3. | MÉTODO SOCIOLÓGICO | 204 |
| 6.2.4. | EL MÉTODO FUNCIONALISTA | 206 |
| 6.2.5. | EL MÉTODO DIALÉCTICO MATERIALISTA | 207 |
| 6.2.6. | MÉTODO DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED) | 208 |
| 6.2.7. | MÉTODO DEL DERECHO NATURAL | 210 |
| 6.2.8. | MÉTODO HISTÓRICO DEL DERECHO | 211 |
| 6.2.9. | LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO MÉTODO DE INVESTIGACIÓN | 213 |
| 6.2.10. | LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO MÉTODO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 215 |
| 6.2.11. | OTROS MÉTODOS | 217 |
| 7. | FUENTES Y TÉCNICAS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 218 |
| 7.1. | FUENTES DE INFORMACIÓN | 218 |
| 7.2. | TÉCNICAS APLICABLES A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 221 |
| 8. | EL CUERPO DE LA TESIS O ESQUEMA DE LA TESIS POR CAPÍTULOS | 221 |
| 9. | BIBLIOGRAFÍA PRELIMINAR | 223 |
| 10. | ELEMENTOS ADMINISTRATIVOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | 225 |
| 10.1. | CRONOGRAMA DEL TIEMPO ESTABLECIDO | 225 |
| 10.2. | PRESUPUESTO | 226 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 227 |
| | HEMEROGRAFÍA | 232 |
| | INFORMATOGRAFÍA | 232 |
| | ANEXO (PROYECTO DE INVESTIGACIÓN) | 233 |

RESUMEN

La tesis, contiene un estudio de las investigaciones llevadas a cabo en el período 2001 – 2006 en las maestrías en Derecho de las Escuelas de Postgrado del sur del país: Arequipa, Cusco, Puno y Tacna. Han sido evaluadas en los aspectos formales y de fondo una muestra representativa de 75 tesis de un universo total aproximado de 155 en las Escuelas de Postgrado de: Universidad Nacional de San Agustín, Universidad Católica de Santa María, Universidad Nacional San Antonio de Abad, Universidad Nacional del Altiplano, Universidad Andina “Néstor Cáceres Velásquez” y Universidad Privada de Tacna.

El estudio comprende únicamente las Escuelas de Postgrado que tienen graduados con tesis, pues, casos como la Universidad Jorge Basadre de Tacna, José Carlos Mariátegui de Moquegua, Universidad Alas Peruanas, Universidad Andina del Cusco o la Universidad San Pablo en el período investigado no habían aún graduados.

El cuerpo de la tesis contiene una sucinta exposición de la evolución de la filosofía, la ciencia y el Derecho; un breve análisis de la epistemología y las direcciones jusfilosóficas, la ciencia y la cientificidad del Derecho; luego también un resumen acerca del aporte de los principales precursores y corrientes epistemológicas; y el significado del método en la investigación jurídica. Dada la importancia actual, abarca además un análisis del enfoque cualitativo y cuantitativo en la investigación jurídica.

El tercer capítulo es la parte medular de la investigación, donde efectuamos un diagnóstico de las tesis de las Escuelas de Postgrado de la región sur del país, en sus aspectos formales y sustanciales expuestos en gráficos para su mejor ilustración y explicación. Los resultados son preocupantes, en tanto, las tesis mayoritariamente no cumplen los presupuestos de investigaciones en el nivel de postgrado para estandarizarlos en el contexto nacional e internacional.

Las conclusiones están amparados en hechos sustraídos de la realidad y estudios realizados en las diferentes Escuelas de Postgrado del sur del país. Las sugerencias son por demás puntuales acerca de nuestra posición respecto a lo que debe hacerse para superar los problemas expuestos. Para ello proponemos un diseño de un proyecto de investigación en la ciencia del Derecho, dada su particularidad en el universo de las ciencias humanas, completamente divergente de las ciencias formales y naturales, aun de otras ciencias sociales. Las conclusiones y sugerencias son por demás puntuales acerca de nuestra posición respecto del problema que motivó esta investigación.

ABSTRACT

The thesis, is about a study of investigations done during 2001 – 2006 period in the materies in law in the Post Grade Schools of the southern part of the country: Arequipa, Cusco, Puno and Tacna. The have been evaluated in the formal aspects and a deep representative random of 75 thesis from: San Agustín State University, Santa María Catholic University, San Antonio de Abad State University, Altiplano State University, Néstor Cáceres Velásquez Andina University and Private University from Tacna.

The study only contens the Post Grade School wich habe graduates with thesis; so, some cases like Jorge Basadre State University from Tacna city, José Carlos Mariátegui from Moquegua city, Alas Peruanas University, Andina University from Cusco or San Pablo University in the investigative period there weren't graduates yet.

The main body of the thesis has a clear and complete exposition of the evolution of the phisolophy, the science and the law; a brief analysis of the epistemology, and the just philosophic directions, the science and the scientificity of the law; then a summary about the contribution of the main precursors an the epistemological currents; and the meaning method in juridical investigation. Given the actual importance, also includes an analysis of the qualitative and quantitative focus in the juridical investigation.

The third chapter is the medullar part of the investigation, where we do a diagnostics of the thesis in the Post Grade Schools of the Souther Regions of the country, in their formal and substantial aspects exposed in graphics in order to have a better illustration and explanation. The results are so worrying. Most the thesis don't fulfil the patter of investigations in the Post Grade level to be compared in the national and international contex.

Finaly, the analytic descriptive of the problem is added proposing a design of a project of investigation in the law sicience, due its importance in the universe of the human science, completely divergent in the formal and natural sciences, apart of other social sciences. The conclusions and suggestions are so direct about our way of thinking of the problem which has motivated this actual investigation.

INTRODUCCIÓN

Seleccionamos como tema de la presente tesis: LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN LAS ESCUELAS DE POSTGRADO DEL SUR DEL PAÍS, por la constante preocupación por la investigación y la producción de nuevos conocimientos en el contexto universitario, a partir de sus Escuelas de Postgrado, con calidad académica, rigor científico, relevancia jurídica y útiles a la sociedad. También la inquietud a fin que las tesis en Derecho alcancen la categoría de investigaciones científicas, en el verdadero sentido de la palabra, desarrolladas dentro una orientación cercana a la Epistemología Jurídica, a la Filosofía y Ciencia del Derecho. Solamente de esa manera, la producción intelectual, de quienes forman parte de la elite académica de nuestra región, alcanzarán niveles compatibles con las mejores del país, homologadas y estandarizadas en el contexto internacional.

No está demás señalar, una de las causas cardinales de nuestra condición de país subdesarrollado, se expresa en la ausencia de una política de Estado sostenible en la investigación científica y tecnológica; en la falta de estímulos e inversión en políticas de promoción de la investigación; en su indiferencia por generar a partir de las Universidades y las Escuelas de Postgrado la producción de nuevos conocimientos, que permita elevarnos al nivel de productores de ciencia y tecnología y no ser meramente importadores hasta de la más insignificante tecnología.

En la tesis sugerimos la necesidad de potencializar la investigación científica, particularmente jurídica; para ello nos propusimos analizar las

investigaciones presentadas en las diferentes Escuelas de Postgrado del sur del país, específicamente de las maestrías de Derecho. Sin duda, hay un gran esfuerzo de todos quienes han procurado resolver casos específicos de los temas planteados como problema y las propuestas son significativas. Sin embargo, consideramos que hay aspectos metodológicos que deben resolverse sustancialmente en la investigación jurídica que los expresamos modestamente a manera de observaciones de fondo y de forma.

En el desarrollo del Capítulo I, se ha incidido en el estudio de la Epistemología del Derecho, por cuanto, en la investigación jurídica le dan poca importancia o la consideran como intrascendente. Si se sostiene que el Derecho es una ciencia, no cabe duda que todo investigador e investigación sobre tópicos jurídicos se deben efectuar en consideración a los fundamentos epistemológicos del Derecho. Así como toda ciencia tiene su objeto de estudio, el objeto de la epistemología es la ciencia, una reflexión filosófica de la ciencia. El significado de la epistemología para la ciencia y el científico es de crucial importancia. A partir de ella, se llega a la comprensión de la investigación científica y su producto: el conocimiento científico.

Comúnmente se hace mención a la epistemología en términos genéricos. De lo que se trata es determinar su incidencia en las ramas específicas de las ciencias. Existe una epistemología general y una epistemología específica. La primera constituye el estudio crítico sobre la ciencia como una generalidad; la segunda, comprende el estudio de los enfoques epistemológicos en cada ciencia en particular. En el caso del Derecho, va configurando su propia identidad epistemológica: la Epistemología Jurídica.

La Epistemología Jurídica, fundamenta la reflexión filosófica-jurídica sobre el conocimiento del Derecho, trata de explicar si el Derecho como ciencia es posible; cómo ha evolucionado como conocimiento científico; cómo indaga y qué métodos utiliza el fenómeno o hecho jurídico; cuál es su forma o estructura; cómo se desarrolla, interpreta, transforma y determina como ciencia; cómo se manifiesta y cuál es su rol en la sociedad; qué relaciones tiene el Derecho con la Filosofía Jurídica y la Ciencia del Derecho.

En el Derecho han brotado diferentes modelos epistemológicos a lo largo de la historia. El Derecho Natural o llamado jusnaturalismo ha sido el primer modelo epistemológico, surgido de la cultura griega y desarrollada magistralmente por los romanos, y tiene notable influencia hasta inicios del mecanicismo de finales del siglo XVII y nacimiento del positivismo. A estos dos primeros e importantes enfoques acerca de la ciencia y la ciencia del Derecho le siguen otros mucho más contemporáneos. El Derecho es visto desde diversos modelos epistemológicos, según los paradigmas que han ido surgiendo sucesivamente. Ello refleja el pluralismo subsistente en el sistema jurídico vigente; explica la razón del recuento sintético de las principales orientaciones epistemológicas acerca del Derecho.

Las mejores expresiones del conocimiento acerca del Derecho, se han configurado tanto en la Filosofía del Derecho como la Ciencia del Derecho. En ambos casos, la Filosofía como la Ciencia, son saberes críticos, pero con una clara distinción: la Filosofía es el árbol que ha dado vida a todas las demás ciencias. Inicialmente la Filosofía era la gran ciencia universal, abarcaba a todos los conocimientos y por extensión a todas las ciencias, incluyendo el Derecho.

La Filosofía del Derecho es una rama de la Filosofía que estudia los fundamentos que rigen la razón, creación y aplicación del Derecho; es la creadora de los principios primeros y supremos del Derecho; la que define la universalidad lógica e investiga, los caracteres de su desarrollo histórico valorando el ideal de justicia. A la Filosofía del Derecho no le interesa tanto el aspecto externo y accidental de la formación legislativa de las normas jurídicas, sujeta y condicionada por el tiempo y las conveniencias políticas e ideológicas, le interesa el aspecto interno, su esencia y fundamentos que la hacen permanente en las relaciones humanas.

Empero, la Ciencia del Derecho, tiene como objeto el estudio del origen, desarrollo, análisis e interpretación del ordenamiento jurídico positivo; el conjunto orgánico de las disciplinas que estudia en forma ordenada y sistemática ese objeto llamado Derecho exteriorizado en la compleja normatividad que conforma el ordenamiento jurídico. Ordenamiento jurídico cuya finalidad es el estudio de las reglas de conducta que asegura la permanencia de la organización social, el

ejercicio de la justicia, buscando el bienestar general de sus miembros. La Ciencia del Derecho es esencialmente normativa, su análisis gira fundamentalmente en torno al Derecho positivo, prescribiendo, prohibiendo o permitiendo a los individuos determinados comportamientos, lo que origina sus deberes y obligaciones garantizados por la fuerza coactiva del Estado. A pesar de todo, la Ciencia del Derecho, busca el predominio de lo objetivo a través de explicaciones congruentes, predicciones y control de los fenómenos jurídicos.

También el Capítulo I como parte del marco teórico, definimos la importancia del método, bajo el presupuesto científico: sin método no hay ciencia. Remarcamos la importancia del método como rasgo característico de la ciencia, entendido como la estrategia, la vía, el modo y el procedimiento para resolver la hipótesis planteada sobre el hecho o fenómeno jurídico. Para el Derecho, en específico, el método permite el procesamiento y encadenamiento lógico y/o racional, sistemáticamente ordenado, estructurado y completo, de pasos, actividades o acciones relativas a demostrar o conseguir algo, a acrecentar las posibilidades de alcanzar o lograr un fin, objetivo o meta.

En el Capítulo II, desarrollamos con especial cuidado un aspecto que consideramos importante en la investigación jurídica: definir los enfoques cualitativos, cuantitativos y mixtos. El enfoque cuantitativo, utiliza la recolección y análisis de datos para contestar preguntas de investigación y probar hipótesis establecidas previamente, confía en la medición numérica, el conteo y frecuentemente en el uso fórmulas y la estadística para establecer con exactitud patrones de comportamiento en una población. En cambio, la investigación cualitativa es aquella investigación que produce resultados a los que no se ha llegado por procedimientos estadísticos u otro tipo de cuantificación.

Consideramos que el Derecho tiene a la vez de ciencia fáctica y formal, en consideración a esa excepcionalidad como objeto de estudio, resulta también pertinente determinar en cada investigación el enfoque que ésta ha de tener. Los enfoques cualitativo y cuantitativo se aplican indistintamente en la investigación jurídica, todo dependerá del objeto materia de investigación. En esta dualidad metodológica consideramos que el Derecho se sujeta fundamentalmente al enfoque

cualitativo, es más, el Derecho es cualitativo por donde se le mire, por cuanto, uno de sus fines esenciales es la justicia y, la justicia, es un valor cualitativo.

El Capítulo III contiene la razón de ser de la presente tesis. Es el resultado del análisis de las tesis sustentadas para optar el grado académico de magíster en las Escuelas de Postgrado de las Universidades San Antonio de Abad del Cusco, Universidad Nacional del Altiplano, Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, Universidad Católica de Santa María, Universidad Nacional de San Agustín y Universidad Privada de Tacna. En el contexto capitular, se hace un análisis y diagnóstico de los datos recopilados sistemáticamente y como consecuencia de dicho estudio hacemos observaciones de fondo y formales de los trabajos de investigación. Señalamos también, las causas probables de las deficiencias encontradas en las tesis.

Las conclusiones son expresivas de todo aquello que hemos encontrado en el largo trajín del estudio de las tesis en las diferentes Escuelas de Postgrado del sur del país; existen aportes significativos al Derecho, pero también es notorio las serias deficiencias y limitaciones metodológicas que impiden homologar y estandarizar los trabajos de investigación con los de otros países. Esta situación nos ha motivado a formular una propuesta para la elaboración del diseño del Proyecto de Investigación adecuado a la investigación estrictamente jurídica.

Si bien, no es cualitativamente diferente a las existentes, lo que hacemos es dar mayores explicaciones sobre su importancia, definir conceptualmente cada uno de sus componentes, sistematizar su contenido y orden, determinar la tipología, métodos y técnicas, así como describir algunos ejemplos a manera de ilustración. Todo ello, bajo el supuesto de que un Proyecto de Tesis es la estrategia para culminar exitosamente la elaboración de la tesis de magíster en Derecho.

Como dijimos inicialmente, nuestro afán, es buscar las mejores respuestas al procedimiento metodológico en la investigación jurídica, por cuanto el incremento desmedido de Escuelas de Postgrado en todo el territorio nacional no eleva por sí mismo el nivel investigativo en el país, más bien, va generando una mayor crisis. Se refleja en los trabajos de investigación presentados como tesis. Dichos trabajos en

cuanto a su estructura y contenido mayoritariamente podríamos otorgarles la categoría de informes, de los presentados en pregrado. Hay necesidad de rescatar la esencia y razón de ser de las Escuelas de Postgrado, su sentido investigativo, su calidad académica, real utilidad y relevancia científica.



“Ninguna rama de la ciencia vive sin respirar Filosofía, pero esta necesidad es sentida por el Derecho más que por cualquier otra...el jurista se convence cada vez más de que, si no sabe más que Derecho, no alcanza a conocer siquiera el mismo Derecho”.

Francesco Carnelutti

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS PREDOMINANTES EN LA CIENCIA JURÍDICA

1. CUESTIONES INICIALES

Una de las razones para exponer en este primer capítulo aspectos relacionados a la Epistemología Jurídica, la Ciencia del Derecho y la Filosofía del Derecho, es que en la estructura curricular y sílabos de pre y postgrado del sur del país, no están incorporados en la enseñanza-aprendizaje. En el primer caso, si bien desarrollan aspectos fundamentales de la epistemología como teoría del conocimiento científico, pero la efectúan desde un ámbito general aplicable a todas las ciencias¹ –lo que no está mal- lo que hace falta es incidir en el enfoque epistemológico específico que ha permitido configurar al Derecho como ciencia. Con respecto a la temática de la Ciencia del Derecho y la Filosofía del Derecho, es igualmente deficitaria el contenido curricular y silábico. Si se quiere hacer verdadera ciencia y cultivar futuros científicos en el campo del Derecho, es ineludible el estudio sobre el significado e importancia de la Epistemología Jurídica, la Ciencia del Derecho y la Filosofía del Derecho.

¹ Generalmente en la materia de epistemología se recurre a la enseñanza de los enfoques epistemológicos de Thomas KUHN, Karl POPPER, Alan TURING, Jean PIAGET, Mario BUNGE, Pablo CAZAU, entre otros; no desarrollan ni analizan las corrientes epistemológicas que dieron nacimiento al Derecho ni a los precursores que la estudiaron con sentido filosófico o científico.

El desarrollo del pensamiento jurídico tiene una larga data y lo anteceden varios milenios. En el estudio de la Ciencia Jurídica es imperioso tomar conocimiento de su evolución histórica, es decir, desde las primeras concepciones filosóficas y jurídicas hasta arribar al análisis de las corrientes epistemológicas más importantes del Derecho. Importa conocer desde las primigenias manifestaciones del conocimiento ordinario que a través de las costumbres fueron configurando lo que posteriormente sería el Derecho en sí, en la mayoría de casos inicialmente bajo una noción determinada por una instancia divina.

Para conocer la esencia ontológica del Derecho y su aplicación a la realidad concreta de cada etapa histórica hay que conocer el pasado. Son los conflictos sociales, la confrontación de las diversas teorías y corrientes epistemológicas que han dado lugar al pensamiento jurídico contemporáneo. Desde las primeras: el *jusnaturalismo* y el positivismo, hasta las recientes: la Teoría Tridimensional del Derecho, Teoría del Análisis Económico del Derecho (AED) o Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ). Es evidente, hay corrientes jurídicas que tuvieron históricamente mayor repercusión, y otras en las cuales las transformaciones han sido lentas e imperceptibles que, a nuestros ojos, aparecen como inmutables.

Es el caso de los códigos civiles decimonónicos que han mantenido su vigencia a lo largo de décadas y siglos, empero vemos ahora que normas sancionadas hace solamente algunos años se hallan ya desfasadas porque no armonizan con los nuevos cambios ocurridos en ese breve período, en el cual el hombre ha llegado a dominar la energía atómica, lanzarse a la conquista del espacio, transformar revolucionariamente las comunicaciones a través del empleo de satélites artificiales, la biogenética, etc. Incluso los cambios son tan bruscos en los últimos tiempos, al unísono del adelanto científico y tecnológico que el Derecho –en algunas materias- va cambiando raudamente. El Derecho no puede permanecer impasible frente a los acelerados y revolucionarios

cambios que se dan en el día a día, tiene que adecuarse a dichas transformaciones, aun predecirlas jurídicamente.

La experiencia histórica nos demuestra que la normativa jurídica jamás permaneció inmutable, sino que se ha ido transformando para adaptarse a los cambios sociales. El más cabal aserto es el Derecho romano, que desde la Ley de las XII Tablas, hasta la compilación justiniana, es una magna obra en evolución constante; posteriormente, desde el redescubrimiento del Digesto en el medioevo, hasta la pandectística alemana, prosiguió sin cesar su transformación, para adaptarse a cada época.

El Derecho, por lo tanto, no es simplemente aquello que conocemos en la doctrina o sistema jurídico. El Derecho de hoy, es el resultado de un conjunto de pléyades que a manera de precursores del pensamiento jurídico, cimentaron a través de la Epistemología Jurídica, Filosofía del Derecho y la Ciencia Jurídica el moderno conocimiento jurídico. También lo son y, con mayor razón, las diversas corrientes epistemológicas *iusfilosóficas*, que a manera de paradigmas o modelos desarrollaron a través de muchos siglos un marco teórico de validez inconmensurable. Ese permanente cambio del quehacer jurídico no es una consecuencia automática que refleje la transformación social, ella tiene sus propios mecanismos de transformación: los usos y costumbres, el incremento de la economía y la industria, las relaciones interestatales, las relaciones familiares, las formas obligacionales y contractuales, los medios de garantía y documentación, el rol del intérprete jurídico, las sentencias de los magistrados, la intervención de los legisladores, etc.

Como refiere HABA, el Derecho no es *monista* (= un solo) epistemológico (modo de conocimiento), más bien, existe una gran diversidad de direcciones epistemológicas, que expresan el pluralismo científico en la Filosofía o Ciencia del Derecho. En esa dimensión, el presente Capítulo desarrolla secuencialmente la evolución histórica del pensamiento y conocimiento jurídico a partir de sus primeros precursores y las corrientes

epistemológicas más importantes las que finalmente permitieron configurar la autonomía del Derecho frente a las demás ciencias y elevarla a la categoría de Ciencia Jurídica.

2. EVOLUCIÓN DE LA FILOSOFÍA, LA CIENCIA Y EL DERECHO

2.1. LAS REGLAS DE CONDUCTA EN LAS SOCIEDADES PRIMITIVAS

Los historiadores de la cultura humana, consideran que la organización social y política primitiva más rudimentaria es el *clan*, conglomerado humano constituido sin ninguna correlación con un determinado territorio, por todos aquellos que adoran y responden colectivamente a la protección de un mismo *tótem*². Por entonces, lleno de temor y admiración hacia las fuerzas perceptibles de la naturaleza que no podía explicar, el espíritu del hombre primitivo interpretaba la realidad artificiosamente; y a través de esa interpretación deformada caracterizaba sus propias acciones con un fundamento predominantemente mágico-religioso³. En esta sociedad primitiva era susceptible de encontrarse ideas sobrenaturales muy generales, tales como el *animismo*⁴, el *mito*⁵ y el *mana*⁶.

² El *tótem* da el nombre específico del clan. Lo protege en la guerra. Lo tutela y dirige en la paz. Y, en toda circunstancia como deidad suprema que es, fija las condiciones de vida social determinando los deberes y derechos de los individuos. Una particularidad notable de la organización totémica es la exogamia y el carácter matriarcal de la filiación y la unidad social.

³ SMITH, Juan Carlos. *Desarrollo de las concepciones jusfilosóficas*. 2ª.ed. Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1980, p. 15.

⁴ El *animismo*, consiste en creer en la existencia de seres espirituales. Fantasmas, almas, duendes, etc., como seres inmateriales no sometidos a las leyes de la naturaleza.

⁵ El *mito*, es un relato de algo “fabuloso” que se supone acontecido en un pasado remoto y casi siempre impreciso. Los mitos pueden referirse a grandes hechos heroicos que con frecuencia son considerados como el fundamento y el comienzo de la historia de una comunidad o del género humano en general. También viene ser la explicación popular imaginaria de los fenómenos de la naturaleza, en forma de cuentos o fábulas.

⁶ *Mana*, es el poder de realizar algo excepcional que está fuera de lo corriente. Eran consideradas todas aquellas acciones que efectuaba el hombre, ya sea enfrentándose a los animales, a la naturaleza o a un conjunto de hombres y que, y luego de resultar vencedor causaba la admiración en los miembros de la tribu.

Cuando el hombre se hizo cultivador de la tierra (agricultor) y criador de animales (ganadero), las creencias religiosas variaron respecto a las del cazador. Evidentemente se produjo una revolución de la producción de alimentos. La razón es sencilla: el crecimiento de la producción en todas sus ramas –crianza de ganado, agricultura, oficios domésticos- dio a la fuerza de trabajo humano capacidad de crear más productos de los necesarios para el mantenimiento⁷. Es en esta etapa que el hombre da inicio a las primeras disquisiciones rudimentarias acerca de la vida y el mundo que lo circunda. Por entonces, predomina el conocimiento empírico-espontáneo que “consiste en que esta actividad es realizada por todos los hombres que participan en la práctica social. Al no precisar de ninguna preparación especial para asimilar, conservar y utilizar con eficacia los conocimientos adquiridos por esa vía, todos los hombres tienen la posibilidad de acumular y emplear los conocimientos acerca de aquellos objetos con los cuales entran en relación directa en la actividad práctica”⁸.

El hombre primitivo desconoció el principio de *causalidad natural* según la cual el conocimiento vincula de modo constante, en sus determinaciones tempoespaciales, a dos fenómenos naturales (uno antecedente –causa- y el otro consecuente –efecto-). La relación vinculatoria entre una causa y un efecto era expresada en función de la *idea de normatividad*. De la misma manera que los actos humanos tenían el significado de buenos o malos según se cumpliesen o no el mandato de la divinidad, también se consideraban a los fenómenos del acontecer natural como si estuviesen impregnados en una fuerza espiritual oculta, esto es, con premios o castigos enviados por los dioses a los individuos⁹. El estadio aproximado del nacimiento de la filosofía y el Derecho se da a partir de la desintegración de la sociedad primitiva y la formación de la sociedad esclavista.

⁷ CORNEJO CUERVO, Rolando. *Fundamentos filosóficos de la educación*. Arequipa, Impresora Líder, s/f, pp. 21-22.

⁸ RODRIGUEZ, Francisco J, BARRIOS, Irina y María Tresa FUENTES. *Introducción a la metodología de las investigaciones sociales*. La Habana, Editorial Política, 1994, p.11.

⁹ SMITH, Juan Carlos. *Op.cit*, p. 16.

En el régimen de la comunidad primitiva no había necesidad del Derecho. “Las relaciones, tanto dentro de la *gens* como entre la *gens* y tribus, se hallaba regulada por las costumbres establecidas en el transcurso de los siglos que expresaban la concordancia de intereses de los miembros de la *gens*. La observancia de las costumbres respondía a las necesidades de toda la colectividad, era vitalmente necesaria para que la vida de la *gens* transcurriese normalmente, por lo que su cumplimiento no exigía un aparato coercitivo especial”¹⁰. Por entonces para el hombre, no existía el problema de saber si es un derecho o un deber tomar parte de los asuntos sociales. El incumplimiento de los hábitos por todos admitidos entraba en contradicción con los intereses de la *gens* y traía consigo la censura colectiva del infractor a través de diferentes mecanismos: la exhortación, amonestación, hasta la expulsión de la *gens*, y por última instancia la muerte.

En este tipo de sociedad era imposible hablar de ciencia o sistema de conocimientos científicos por el desconocimiento de elementales principios de las propiedades de los objetos circundantes. Por ello, si bien la ciencia es conocimiento, no todo conocimiento es ciencia. Existe, un saber que poseemos todos los seres humanos desde que venimos al mundo: el *conocimiento ordinario*. Surge de manera natural y espontáneo, sobre la base de la experiencia cotidiana. Es útil y su objetivo esencial es orientar la actividad humana con vistas a su preservación, así como solucionar las diferentes dificultades que aparecen en la vida diaria, la mayor parte de ellas tendiente a la satisfacer necesidades primarias.

Respecto a las sanciones jurídicas de la época, ellas aparecen dotadas de un marcado carácter expiatorio. El conjunto de prohibiciones *tabú* no estaban destinadas a tutelar bienes jurídicos concretos, la violación de la norma era independiente de toda conciencia y voluntad. La responsabilidad,

¹⁰ ALEXANDROV, N. G. *Teoría del Estado y del Derecho*. Lima, Ediciones Tercer Mundo, 1987, p. 77.

prevalentemente objetiva, no resultaba exclusivamente humana. Una infracción engendraba consecuencias ajenas a la intención y a los actos del hombre.

2.2. PRIMERAS CONCEPCIONES FILOSÓFICAS Y JURÍDICAS

Inicialmente el Derecho se formó como un conjunto de costumbres. La colectividad aseguraba el cumplimiento de las costumbres por todas admitidas, en las que se combinaban tanto los intereses sociales como los individuales de los componentes de la gens. En ese lento discurrir de la historia, durante la antigüedad, el Derecho se configura y funda en fuentes religiosas. “Todas las formas de organización jurídica; todas las concepciones sobre el Derecho y el poder aparecen en la Antigüedad como determinadas por una instancia divina. Pero las costumbres, humanizadas ya a través de la vida de relación, manifiestan ahora como sistemas de conducta consolidados en vista de fines sociales”¹¹.

La concepción de un Derecho de origen divino, tan aceptada y difundida en los pueblos de la Antigüedad, lleva unas veces a destacar la autoridad del monarca, como única o principal fuente productora de normas jurídicas y otras, a la clase sacerdotal como centro de monopolio de la hermenéutica y aplicación de los textos jurídico-religiosos¹². Es frecuente ver cómo en torno a los monarcas o a los sacerdotes se constituyen grupos de poder y de presión a fin de obtener primacía o una cuota de autoridad.

¹¹ SMITH, Juan Carlos. *Op.cit*, p.19.

¹² En esta época es frecuente ver cómo en torno a los monarcas o a los sacerdotes se constituyen y consolidan fuertes grupos de presión con el fin de obtener la primacía de una u otra autoridad. Así sucedió en Egipto en el período *menfita* (2900 a 2540 a. J.C.); *Código de Hammurabi*, que data de 1950 a. J.C. encomendaba la interpretación y aplicación de normas jurídicas así también la concepción jusfilosófica de los babilonios y asirios se fundaba en la idea de que toda regla de conducta social exigible emanaba directamente de la divinidad. El rey era sólo un “*vicario de Enlil*” sólo un ejecutor de sus designios. Pero a partir de del siglo XXVII a J.C., los reyes conquistadores comienzan a reunir bajo su autoridad los pueblos diversos, el monarca impone a los vencidos su culto con él. El denominado generales tanto a tribunales sacerdotales como a cuerpos colegiados civiles, confiriéndose el derecho de apelación ante el rey.

Las primeras concepciones filosóficas y jurídicas se expresan en el Antiguo Egipto, del Imperio de Menfis (2900 a 2540 a.C.), donde el Derecho era un imperativo absoluto del faraón, quien determinaba ante cada circunstancia social relevante qué debe ser estimado como justo o descalificado como injusto.

La concepción filosófica de los babilonios y asirios fundada en la idea de que toda regla de conducta social exigible emanaba directamente de la divinidad.

El Imperio Persa, pese a la grandeza y poderío evidenciados, careció en realidad de unidad jurídica. El concepto de Imperio universal, fundado en un principio ético de pacífica convivencia, permitió que pueblos de muy distinto origen y de formación cultural también diversa se relacionen jurídicamente con cierta autonomía conservando sus propias costumbres e instituciones y un principio de separación –imperfecta por cierto- entre el Estado y la religión.

La cultura jurídica hebrea, es fuera de toda duda introductor de la idea monoteísta a partir del *profetismo*, y uno de los movimientos espirituales de mayor importancia en la historia de la humanidad. La profunda concepción monoteísta de los profetas de Israel, ha influido notablemente en muchos supuestos jusfilosóficos de los pueblos de occidente vinculados a través del Antiguo Testamento.

En las antiguas concepciones jurídicas y jusfilosóficas difundidas en el extremo oriente se destaca, sin lugar a dudas, el pueblo chino. El culto por el pasado y el respeto por la tradición es la gran fuerza que centraliza la cultura china cristalizándose casi en cincuenta siglos. La comunidad humana se fundaba en un sistema patriarcal que tendía a ser el reflejo del orden del

universo. Esta concepción metafísica del mundo, sin embargo, no anuló el sentido eminentemente práctico del genio chino.

Las concepciones filosóficas, religiosas, morales y jurídicas más destacadas de la India brahmánica, se halla resumidas en los antiguos Vedas y en sus sucesivas reelaboraciones. Los Vedas, antícuísima colección de textos sagrados, fueron considerados por lo indos como una revelación divina, a los que se agregaron: a) Los *Upanichads*, b) los *sûtras*, y c) Los *Sâstras*. El más famoso de estos últimos es el *Manava-Dharma-Sâstra*, conocido con el nombre de Código de las Leyes de Manú, cuya redacción data probablemente del siglo II a.C.

2.3. ORÍGENES DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA Y LA CIENCIA JURÍDICA

La palabra filosofía proviene de las voces griegas: *philo* y *sophia*, que significa amor a la sabiduría. TUCÍDIDES en la Oración fúnebre de Pericles a los Atenienses refiere: “amamos la belleza, pero sin exageración y amamos la sabiduría, pero sin debilidad”. El nombre *filósofo* aparece en HERÁCLITO: “conviene que los hombres filósofos sean sabedores de muchas cosas”. Se atribuye a PITÁGORAS al haberse llamado a sí mismo filósofo¹³. Posteriormente *filosofía* significó no el simple amor a la sabiduría, sino a la sabiduría misma.

En la Grecia clásica desde que comenzó a despertarse la curiosidad especulativa sobre los problemas humanos, se advierte una marcada tendencia a investigar los fundamentos y las motivaciones del obrar. Frente al hecho que la conducta se mostraba ordenada, es decir, estatuida por un complejo de normas, aparecieron los más diversos intentos de interpretación filosófica y, con ellos, los primeros atisbos de una doctrina sobre las costumbres. Grecia,

¹³ PACHECO G., Máximo. *Teoría del Derecho*. 4ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica del Chile, 1990, p.685.

“fue verdaderamente la cuna de la filosofía. Por primera vez, en el mundo occidental, entendió y realizó la filosofía como *investigación*: como investigación autónoma, que recibe de sí misma el fundamento y la ley de su desarrollo. La filosofía griega demostró que la filosofía no puede ser otra cosa que *investigación*, y ésta no puede ser más que *libertad*. La libertad implica que la disciplina, el punto de partida, el fin y el método de la investigación sean justificados y hallados por la misma investigación, y no aceptados independientemente de ella”¹⁴.

Igualmente, la teoría de la motivación metafísica hacía derivar de la estructura del obrar humano de un orden cósmico que se consideraba reconocido por el hombre mismo. De otro lado, la motivación psicológica interpretaba que toda norma de conducta se fundamentaba en la propia naturaleza humana, en sus impulsos altruistas o egoístas¹⁵. En esta época la organización estatal, la justicia era concebida sólo como represión de cuantos actos alterasen el orden instituido. Más tarde el concepto se amplía hasta identificarse con la idea de proporción, de equilibrio de armonía.

El desarrollo de la filosofía jurídica en Roma tiene carácter prevalentemente práctico restando proyecciones a la especulación jusfilosófica. La originalidad auténtica de los juristas romanos reside en el campo del Derecho positivo, que por su perfección y solidez merecerían más tarde el nombre de *razón escrita*. Refiere RADBRUCH, “lo que caracteriza al pensamiento jurídico romano es, sobre todo, la vigorosa conciencia de autonomía –que obedece a sus propias leyes- del Derecho o, como se ha dicho en son de crítica, la ‘tendencia disociadora’ del espíritu latino (...) otro rasgo característico es su *modo casuístico de formarse*. Puede decirse que la ley como fuente del Derecho sólo aparece al comienzo y al final del Derecho

¹⁴ MUÑOZ ALONSO, Gemma y otros. *Historia del pensamiento; filosofía antigua*. Barcelona, Ediciones SARPE, 1988, p. 309.

¹⁵ SMITH, Juan Carlos. *Op.cit*, p. 29.

romano: en las XII Tablas y en el Corpus iuris”¹⁶. No obstante hubo en Roma una firme concepción filosófica del Derecho articulada, sobre todo, en base a las aportaciones del pensamiento helénico y estoico¹⁷.

Durante la época medieval, los grandes apologistas griegos del siglo II de J.C., entre los que destacan San Justino y San Ireneo-, sentaron las premisas generales que posteriormente desarrollaron los padres de la Iglesia. Así surge la filosofía Patrística¹⁸ desde fines del Siglo IV en torno a dos ideas fundamentales: la consolidación de la fe cristiana y la moralización del espíritu humano. El cristianismo para defenderse de los ataques polémicos y de las persecuciones, y asimismo para garantizar su propia unidad contra escisiones y errores, tuvo que poner en claro sus propios presupuestos teóricos y organizarse como sistema doctrinal, se presentó como expresión completa y definitiva de la verdad que la filosofía griega había buscado, aunque sólo la había hallado de una manera parcial e imperfecta.

Una vez en el terreno de la filosofía, el cristianismo sostuvo su continuidad con la filosofía griega y se presentó como la última y más completa manifestación de la misma. Se impregnó de sentido ético-religioso a todas las instituciones jurídicas; anatomizando los excesos, destacando la exigencia del amor al prójimo, impugnando la esclavitud en tanto es expresión de la desigualdad humana, y dignificando a la familia, como célula indivisible de la sociedad. También surge la Escolástica¹⁹, con la influencia del pensamiento

¹⁶ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 65.

¹⁷ De las tres escuelas postaristotélicas, desde el punto de vista histórico, la estoica es la más importante de ellas. La influencia del estoicismo había sido decisiva en el último período de la filosofía griega en que las corrientes neoplatónicas hacen propias muchas de sus doctrinas, en la patrística, en la escolástica árabe y latina, en el Renacimiento. El fundador del estoicismo, Zenón tuvo por maestro y modelo de vida el cínico Crates. Los estoicos no buscan ya la ciencia, sino la felicidad por medio de la virtud. A diferencia de los cínicos, consideran que para alcanzar la felicidad y virtud se necesita la ciencia.

¹⁸ El predominio del cristianismo en el mundo occidental determinó una nueva orientación de la filosofía. Toda religión supone un conjunto de creencias, que no son el fruto de la investigación. La religión es la adhesión a una verdad que el hombre acepta en virtud de un testimonio superior. Tal es, en efecto, el cristianismo.

¹⁹ El término **escolástica** proviene precisamente por las referencias a la filosofía surgida en las escuelas conventuales, abaciales o catedrales que constituían, en la época, casi los únicos centros de investigación de la Europa occidental.

aristotélico y la obra de Santo Tomás de Aquino (1224 – 1274) convertida a través del tiempo en el necesario punto de referencia para un integral conocimiento de la doctrina teológica, política y jurídica de la época. Al difundirse el cristianismo introducen un nuevo concepto de verdad. El concepto de *verdad sobrenatural*. Opuesto a este concepto de verdad natural aceptado por la Antigüedad, se suscita la cuestión referente a las relaciones entre *razón* y *revelación*, que en los primeros siglos de la era cristiana dio origen a encendidas discusiones. Santo Tomás postula la distinción entre *razón* y *fe*. La razón y la fe son en sus respectivos ámbitos (como verdad natural y como verdad sobrenatural) *autónomas* y *autosuficientes*.

Hoy, pese a la diversidad de definiciones y acepciones epistemológicas, la filosofía es el estudio de todo aquello que es objeto de conocimiento universal, de los primeros principios. El pensador XAVIER ZUBIRI, dice, es saber acerca de las cosas, dirección para el mundo y la vida y, finalmente, forma de vida. FERRATER MORA, expresa: la filosofía, es la vez, algo en la vida, y dice algo o bien sobre la realidad o bien sobre el lenguaje que empleamos para hablar acerca de la realidad. La filosofía como matriz de la ciencia se subdivide en varias disciplinas²⁰.

En la actividad científica, cada nuevo paso es un avance y suele refutar y anular el paso anterior. Pero en Filosofía no sucede así. En Filosofía, cada teoría aporta un nuevo enfoque, implica mirar la realidad desde otro punto de vista, desde otra perspectiva y, por tanto, las ideas no se excluyen las unas de las otras²¹. De tal manera que, la ciencia se demuestra, la Filosofía se vive. La ciencia explica, la Filosofía busca un sentido para la vida, para la ciencia, para

²⁰ La filosofía puede dividirse en teórica y práctica. La filosofía teórica estudia los primeros principios del *ser* y del *conocer*, y se divide, a su vez, en: ontología, gnoseología o teoría del conocimiento, lógica, psicología, filosofía de la historia y estética. La filosofía práctica estudia los primeros principios del obrar, y se divide en filosofía moral y filosofía del Derecho. Últimamente se han agregado otras disciplinas filosóficas: teoría de los objetos, la fenomenología, la antropología filosófica, la semiótica, la semántica, la pragmática, la filosofía de la física, de las ciencias, etc.

²¹ BARYLKO, Jaime. *La Filosofía; una invitación a pensar*. Buenos Aires, Editorial Booket, 2005, p.175.

todo lo que hacemos²². En otras palabras, la ciencia puede ser objeto de interés de la economía, cultura, la estética, la psicología, el Derecho, la antropología, para la filosofía es un objeto de interés epistemológico, es decir, en tanto que forma de conocimiento objetivo de la realidad.

El desarrollo histórico de la filosofía es lento y casi no hay progreso visible. Al menos no en el sentido en que solemos entenderlo. No se avanza hacia delante, se avanza hacia adentro, hacia la riqueza de la mente humana y la posibilidad de reflexión que esto implica. La filosofía es un continuo oscilar, una tarea que nunca se termina. La ciencia sabe. La filosofía, el filosofar, piensa y vuelve a pensar²³. En ese sentido, leamos a KANT, desde los presupuestos de KANT. Leamos a HEGEL desde su pensamiento. En cambio la ciencia descubre hechos concretos, busca algo más que el mero registro de datos y fenómenos, trata de *comprenderlos*. Con este propósito formula leyes generales que tratan de explicar todas estas manifestaciones y las relaciones sistemáticas que hay entre ellas. El científico no solamente trata de saber cuáles son los hechos, sino fundamentalmente de explicarlos, con esta finalidad crea teorías. El objetivo del científico es el conocimiento, no de tal o cual hecho particular, sino de leyes generales que los rigen y de las relaciones causales existentes entre ellos.

Ningún sistema filosófico ha perdurado a manera de una conclusión definitiva en el inextinguible movimiento de la razón humana. El que la filosofía sea un conocimiento universal, una aspiración de respuesta total a los universales problemas del ser, del conocer, del devenir, del yo, del mundo y de la vida, pareciera constituir el mejor fundamento de su inmutabilidad tética, la mayor garantía de su validez atemporal. Lo cierto es que, el desarrollo de la cultura de la humanidad, aquel hacerse y deshacerse del pensamiento filosófico pone al descubierto la presencia de posiciones irreductibles las unas

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

a las otras, a pesar de lo cual, cada una de ellas ofrece al análisis la solidez estructural y la coherencia propias de una tesis verdadera²⁴. La raíz del problema reside, en las distintas condiciones históricas, sociales, económicas y políticas en que emerge y en las cuales se desarrolla cada sistema filosófico y epistemológico.

3. LA EPISTEMOLOGÍA Y LAS DIRECCIONES JUSFILOSÓFICAS

3.1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LA EPISTEMOLOGÍA

Etimológicamente, el término griego *epistemología* consta de dos vocablos: *episteme* (conocimiento, saber) y *logos* (teoría)²⁵. Constituye, por tanto, el estudio del conocimiento científico. La epistemología o teoría del conocimiento es aquel conjunto de *saberes* que tienen a la ciencia (su naturaleza, estructura y métodos) como objetos de estudio. Sin embargo, “en los últimos años parece haber consenso tácito para reservar el nombre de *epistemología* a la moderna disciplina sobre la teoría de la ciencia, reservando para la teoría del conocimiento el nombre de *gnoseología*”²⁶. Mientras la *epistemología* constituye el estudio crítico del conocimiento científico, su fundamento, métodos y dimensiones, es decir, la teoría de la ciencia; la *gnoseología* es el estudio crítico de los problemas del conocimiento humano, en otros términos, la teoría del conocimiento. Siendo la epistemología una reflexión crítica acerca de la ciencia, el desarrollo de la ciencia es la que determina la configuración histórica y presente de la epistemología.

²⁴ SMITH, Juan Carlos. *Op.cit.*, p. 8.

²⁵ A pesar de los orígenes muy antiguos de la palabra epistemología, hay quienes sostienen que es un término relativamente reciente, dado que se la encuentra a fines del siglo XIX en *Criteriología General* de DESIRÉ MERCIER, quien lo menciona como uso común entre los anglosajones. Su significado en la literatura inglesa, aun de hace pocos años, es el de “teoría del conocimiento”. Según EDDINGTON (*The philosophy of physical science*) define a la epistemología como “rama de la filosofía que estudia la naturaleza del conocimiento”. En: REA RAVELLO, Bernardo. *Filosofía de la ciencia*. Lima, Editorial Mantaro, 1993, p. 15.

²⁶ REA RAVELLO, Bernardo. *Filosofía de la ciencia*. Lima, Editorial Mantaro, 1993, p. 15.

Una epistemología es una forma de conocer, es un método de conocimiento, si queremos sistematizar un conocimiento sobre el Derecho debemos sistematizar el método de obtenerlo y elevarlo a la categoría de ciencia. “Las cuestiones centrales de esta disciplina filosófica hacen referencia a cuáles son la naturaleza, la estructura y límites del conocimiento humano, qué es la ciencia y cuáles son los criterios de demarcación para alcanzar un conocimiento científicamente aceptable”²⁷. Por su origen, una opción epistemológica es una forma de comprender y explicar cómo conocemos lo que sabemos, sea el tipo de conocimiento que obtendremos en una investigación, las características del conocimiento, el valor que podemos otorgarle a sus resultados, su utilidad para la sociedad, etc. Es el estudio de la producción y validación del conocimiento científico.

La historia registra cuatro aproximaciones de las etapas en la historia de la epistemología: a) la epistemología aristotélica (siglo III a.C.); b) la revolución metodológica que dio origen a la ciencia moderna (siglo XVI – XVII); c) el afianzamiento de las reflexiones sobre el método (siglo XIX); y d) la diversificación de los intereses epistemológicos (siglo XX). Otro enfoque lo clasifica en los siguientes cuatro períodos: a) Período clásico, la que se extendería desde Platón (428/429-347 a.C) a Russell (1872-1970); b) la profesionalización de la filosofía, la misma que empieza con la creación del Círculo de Viena en 1927;²⁸ c) la epistemología formal. (BUNGE denomina a este período “escolástico” y lo califica como artificial, pues, los filósofos perdieron contacto con los científicos y matemáticos y se interesaron cada vez más por problemas formales que rara vez tenían relación con la ciencia real); d) el renacimiento epistemológico, la que habrá de darse si se cumple las siguientes condiciones: si se preocupa de la ciencia real y no de imágenes

²⁷ SANDÍN ESTEBAN, Paz M^a. *Investigación cualitativa en educación*. Madrid, McGraw-Hill, 2003, p. 47.

²⁸ El nacimiento de la epistemología moderna se vincula con la fundación del Círculo de Viena (*Wiener Kreis*) en 1927. En realidad el Círculo de Viena comenzó a funcionar como tal recién en 1929 bajo la presidencia de MORITZ SCHLICK. Con la fundación de esta institución científica, la etapa anterior cambia sustancialmente, pues, la reflexión filosófica individual y aislada de la época precedente es desarrollada por el trabajo en equipo. Al Círculo, se integraron matemáticos, lógicos, filósofos, naturalistas, sociólogos, etc. Su actividad duró menos de una década, sin embargo su influencia fue intensa y enorme. A partir de entonces los estudios epistemológicos se han intensificado enormemente.

ficcionales de la ciencia; si se ocupa de los problemas, métodos y teorías de la ciencia; si propone soluciones claras a tales problemas; distingue la ciencia auténtica de la seudociencia; critica programas y resultados erróneos; sugieren enfoques promisorios²⁹.

Es René DESCARTES (1696 – 1750) uno de los fundadores de la epistemología moderna que impulsó el espíritu científico inaugurado con KEPLER y GALILEO. DESCARTES modifica el planteamiento filosófico clásico que sostiene que el pensamiento es suscitado por la realidad, que está *ahí* y es independiente del pensar; la realidad es el fundamento del conocimiento y el primer principio: el ser. Para el pensador moderno no es el ser, sino la *razón*, lo que suscita el pensamiento. Estas diferentes posturas hacen que la epistemología como expresión de la filosofía sea un continuo intento de explicar cómo obtendremos un determinado conocimiento de la realidad y en determinar el estatus que se debe asignar a las interpretaciones que realizamos y las comprensiones que alcanzamos en cada etapa el desarrollo de la cultural humana.

En cada uno de estos tramos históricos, las relaciones entre epistemología, filosofía, ciencia y metodología asumieron diferentes aspectos. El hecho nuevo e imprevisibles consecuencias para el futuro, es que la reflexión epistemológica surge cada vez más del interior mismo de las ciencias y no porque tal o cual “creador” científico haya dejado por un tiempo sus trabajos especializados y se haya vuelto hacia la construcción de un sistema filosófico, sino porque se producen ciertas crisis o conflictos como consecuencia de la marcha interna de las construcciones deductivas o de interpretación de los datos experimentales y, para trascender o superar estas tradiciones latentes o explícitas, resulta necesario someter a una crítica retroactiva los conceptos, métodos o principios utilizados hasta entonces, de

²⁹ ARRIETA DE GUZMÁN, Teresa. *Teoría del conocimiento*. Arequipa, Universidad Católica de Santa María, 2005, p.17.

manera que puedan determinar su valor epistemológico³⁰. Por ello, tanto el desarrollo y la crítica epistemológica dejan de constituir una simple reflexión acerca de las ciencias, más bien, se convierte en un instrumento del progreso científico. Desde ese punto de vista hay que distinguir algunos matices en la epistemología construida por los mismos científicos.

3.2. IMPORTANCIA DE LA EPISTEMOLOGÍA

Así como toda ciencia tiene su objeto de estudio, el objeto de la epistemología es la ciencia. En el campo del conocimiento científico, se entiende que la epistemología no es otra cosa que la reflexión filosófica acerca de la ciencia, en tanto, esfuerzo por esclarecer la realidad. Establecer la realidad no es otra cosa que interpretarla racionalmente. POPPER, afirma que epistemología es “la teoría del conocimiento científico”³¹. BUNGE refiere: “La epistemología, o filosofía de la ciencia, es la rama de la filosofía que estudia la investigación científica y su producto, el conocimiento científico”³². Pablo CAZAU lo define como “la disciplina que estudia la ciencia, entendida ésta en su doble aspecto de actividad (la investigación), la docencia, (la aplicación práctica) y de producto de esa investigación (el conocimiento científico)”³³. En todos los casos, la epistemología se remite al estudio de los fundamentos de la ciencia en sus formas generales y específicos.

De lo expuesto se desprende que el rol del epistemólogo es estudiar lo que hacen los científicos para estudiar la realidad y que diferencian a éstos de los no científicos, cómo y porqué construyen sus teorías sobre el mundo, qué métodos utilizan, como intentan probar sus hipótesis, qué características especiales tiene el lenguaje científico, entre otros aspectos. “De manera que la epistemología es ante todo un rol, una actitud. Un científico actúa como epistemólogo en la medida que autoexamina, critica, analiza su propia ciencia,

³⁰ SERRANO, Jorge. *Filosofía de la ciencia*. México, Editorial Trillas, 1990, p. 201.

³¹ POPPER, Karl. *Conocimiento objetivo*. Madrid, Editorial Tecnos, 1974, p. 108.

³² BUNGE, Mario. *Epistemología. ob.cit.*, p. 13.

³³ CAZAU, Pablo. *La epistemología*. http://www.galeón.com/pcazau/artep_epis.htm

sus propios métodos preguntándose, por ejemplo, si está procediendo bien o mal, 'científicamente' hablando"³⁴. En Lo jurídico, la epistemología se puede considerar como una parte de la teoría de la Ciencia Jurídica donde se tratan los temas que se refieren a la cientificidad jurídica y sus formas.

Hoy en día, la epistemología es una disciplina independiente. Forma parte de la lexicología científica y filosófica. Se halla definida su objeto de estudio que es la ciencia, a la cual la examina desde una perspectiva filosófica, con sentido analítico, reflexivo y crítico. Su finalidad es intentar "resolver los inquietantes problemas que surgen cuando se pretende fundamentar el conocimiento científico y realizar el análisis de lenguaje de la ciencia"³⁵. De tal manera que los términos *epistemología* y *filosofía de la ciencia* son sinónimos.

La utilidad de la epistemología a la ciencia está sujeta a las siguientes consideraciones:

Conciérne a la epistemología, propiamente dicha, pronunciarse sobre los problemas irresueltos en el contexto social, señalar los límites y dificultades de la ciencia.

La epistemología se ocupa de problemas filosóficos presentados objetivamente en el curso de la investigación científica o la reflexión acerca de los conflictos, métodos, teorías y formas de llegar a la verdad.

Propone soluciones filosóficas a los más complicados problemas científicos, particularmente soluciones teóricas y reflexivas de las cuales se vale la ciencia para interpretarlas y aplicarlas.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ ALVARADO DE PIÉROLA, Carlos. *Op.cit.*, p. 31.

La epistemología es capaz de distinguir la ciencia auténtica de la pseudociencia, la investigación profunda de la superficial.

La epistemología permite criticar programas y aun resultados erróneos, así como sugerir nuevos enfoques promisorios para acrecentar el conocimiento científico.

3.3. LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Previamente debemos señalar la diferencia entre el significado de la *epistemología general* y la *epistemología específica*. La primera viene a constituir el estudio crítico sobre la ciencia considerada como una generalidad; en cambio, la segunda, comprende el estudio de las orientaciones o corrientes epistemológicas en cada rama o materias de las ciencias particulares. En este caso, la epistemología jurídica, su modo y forma de su científicidad, su significado, contenido, alcances, límites, orientaciones, etc. La epistemología jurídica es la reflexión sobre el conocimiento del Derecho. Trata de dilucidar si este conocimiento es posible científicamente, qué forma o estructura ha de tener, cuáles son sus expresiones frente a la sociedad.

Para identificar las particulares características de la Epistemología Jurídica efectuemos un breve deslinde entre Filosofía y la ciencia: “la epistemología resulta siendo el punto de encuentro entre la filosofía y la ciencia. De reencuentro (...) porque aun cuando históricamente, la filosofía ha sido la madre de la ciencia, al adquirir ésta su mayoría de edad, ambas discurrieron por caminos diferentes, a veces antagónicos. Incluso hubo ocasiones en que ambas parecían darse la espalda (...) Hoy en día, tanto los cultivadores de una como la otra entienden que, sin perder su identidad, resulta provechosa y saludable una estrecha relación entre ciencia y filosofía”³⁶. De esta manera la epistemología viene a ser tanto una reflexión acerca de la ciencia, “una teoría acerca de otra teoría”. Por ello se la califica como una

³⁶ ALVARADO DE PIÉROLA, Carlos. *Epistemología*. Lima, Editorial Mantaro, 2005, p. 26.

metateoría³⁷. Resulta entonces razonable afirmar que la epistemología considera a la Filosofía y la Ciencia como dos disciplinas que, como la luna y el sol, a veces se encuentran juntas y otras veces separadas.

Igualmente corresponde afirmar que tanto la Filosofía como la Ciencia son saberes críticos. El saber crítico a diferencia del saber ordinario no es instintivo ni casual, sino una disciplina que supone criterios y métodos específicos. La Filosofía y la Ciencia no son tampoco meras prolongaciones del conocimiento ordinario, son conocimientos de naturaleza diferente puesto que hacen conjeturas racionales y lógicas, inventan, transforman, renuevan y trascienden al conocimiento común. La Filosofía es una ciencia universal de dominio irrestricto. Toma su punto de partida allí donde la ciencia se detiene y deja de producir nuevos conocimientos.

Hay desde luego quienes identifican a la Epistemología con la Filosofía de la Ciencia, pero consideran a esta última como más amplia que la Epistemología. Conceptualmente, la Filosofía de la Ciencia es la rama de la filosofía que se pregunta ¿Qué es la Ciencia? La respuesta es que la Filosofía de la Ciencia es la indagación sobre la naturaleza del conocimiento científico y la práctica científica en la vida social. Se ocupa de saber cómo se desarrolla, evalúan y cambian las teorías científicas, y de saber si la ciencia es capaz de revelar la verdad, los procesos de la naturaleza y la vida.

En lo concerniente al Derecho, la Epistemología Jurídica desarrolla y motiva la reflexión filosófica-jurídica sobre el conocimiento del Derecho, tratando de dilucidar científicamente si este conocimiento (el Derecho) es posible, qué forma o estructura tiene y ha de tener, cómo se expresa y cuál es su rol en la sociedad. La Epistemología Jurídica permite conocer, descubrir,

³⁷ Una **metateoría** es un metalenguaje. Un metalenguaje es un lenguaje en el cual se habla de otro lenguaje. En consecuencia, se hace necesario establecer un jerarquía de niveles en virtud de la cual distinguiremos el lenguaje-objeto (aquel del cual se habla) y el metalenguaje (aquel en el que se habla del lenguaje-objeto).

desarrollar, explicar, interpretar o transformar el conocimiento sobre el Derecho. Si queremos conocer el Derecho como objeto de conocimiento debemos sistematizar el método de obtenerlo. Esta cuestión es importante porque ha marcado a lo largo de la historia los diferentes modelos de conocimiento sobre el Derecho, dicho de otra manera, el Derecho ha tenido diferentes epistemologías a lo largo de la historia, las más importantes han sido el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico.

El Derecho Natural es el primer modelo epistemológico y tiene su desarrollo desde los griegos hasta el nacimiento del mecanicismo a finales del siglo XVII o comienzos del siglo XIX, en cambio, el positivismo trató de seguir un modelo epistemológico científico. De ello deducen como que el primero constituye un modelo metafísico y dogmático, prestando mucha atención al Derecho ideal o formal, mientras el segundo, es un modelo físico y hace mucho hincapié en la medición y valoración de los hechos factuales relacionados al Derecho.

ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y CIENCIA DEL DERECHO

En un inicio la filosofía abarcaba todos los conocimientos y por extensión a todas las ciencias. Era la filosofía la gran ciencia universal. Sin embargo, con el correr del tiempo, las distintas ciencias fueron dejando a la filosofía para constituirse por cuenta propia como ciencia independiente de la filosofía. El filósofo fue sustituido por el científico y el investigador. Primeramente se separaron de la filosofía las ciencias matemáticas; luego fueron la física, seguida de la lingüística, la química y la fisiología. Por último, se separaron la historia y la sociología³⁸. El Derecho ha sufrido esta misma *vía crucis*, hasta

³⁸ EYSSAUTIER DE LA MORA, Maurice. *Metodología de la investigación; desarrollo de la inteligencia*. 4ª ed. México, ECAFSA, Thompson Learning, 2002, pp. 68-69.

haber alcanzado con legitimidad la categoría e identidad como filosofía y como ciencia.

En el siglo XIX, la filosofía se había quedado sola e incluso se llegó a creer que desaparecería como disciplina. Sin embargo, lejos de tales predicciones, la filosofía continúa viva, siempre palpitante en los corazones de epistemólogos, científicos y, desde luego, en filósofos, aportando sus conocimientos comunes a todas las ciencias. Bien señala EYSSAUTIER DE LA MORA: “La filosofía sigue siendo hoy en día el árbol que da vida a todas las demás ciencias, ya que sin este tronco común, sin esta base, todas las diferentes ciencias no tendrían razón de ser”³⁹. De este modo la relación filosofía-ciencia es ineludible. Mientras la ciencia estudia determinada parte de la realidad, fenómenos particulares; la filosofía estudia la realidad, en su totalidad. La ciencia es analítica y trata de descubrir la esencia de las cosas, lo necesario y permanente, mientras que la filosofía es sintética y totalizadora. La ciencia es transformadora de la realidad y es un proceso de elaboración de los conocimientos científicos, la filosofía, en cambio, no transforma la realidad sino trata de comprenderla tal cual es.

Respecto a los matices sustanciales de la Filosofía del Derecho y la Ciencia del Derecho existe diferentes enfoques que se han ido perfilando a lo largo del conflictivo devenir histórico. La denominación de Filosofía del Derecho introduce al campo jurídico G. HUGO, en 1797 en su obra “*Curso de Derecho Civil*” o “*Tratado de Derecho Natural o Filosofía del Derecho*”. Antes de esa época los temas sobre la Filosofía del Derecho eran tratados dentro el Derecho Natural. En cambio, Ciencia del Derecho, es una denominación mucho más posterior, desde la configuración del positivismo jurídico.

³⁹ *Ibíd.*, p.69.

La Filosofía del Derecho como rama de la filosofía estudia los fundamentos y aplicación que rigen la razón, creación y aplicación del Derecho, es toda aproximación al hecho jurídico, acercamiento a un fenómeno que ha acompañado a la humanidad desde sus inicios, puesto que la ley y el Derecho constituyen una constante histórica que han incidido de una manera general y constante en los hombres y los modelos sociales y políticos. El Derecho como ciencia no tanto *descubre* sino que *fundamenta* –lo que denominan argumentación-. La investigación sobre el *fundamento*, precisamente, es la típica actitud del Derecho, como lo es también de la Filosofía del Derecho. Para justificar una tesis jurídica, no recurrimos al experimento como en la física o la biología, es decir, a la confirmación experimental, a la contrastación matemáticamente expuesta sino, fundamentalmente, al razonamiento lógico, a la reflexión sobre el proceso lógico del saber jurídico, a la descripción y explicación de axiomas, postulados y constructos que no necesariamente representan situaciones, hechos o fenómenos fácticos.

Existen diversas interpretaciones respecto a la Filosofía del Derecho y la Ciencia del Derecho. Decía CARNELUTTI, “después de todo, la ciencia de la Ciencia del Derecho está en grandísima parte todavía por hacer, la conciencia de su necesidad es bastante difusa y ha tomado forma, precisamente de noticia de un problema de método”⁴⁰. Para VANNI, la Filosofía del Derecho es la “ciencia de los principios del Derecho, y que al mismo tiempo lo comprenda y lo ligue al sistema de todas las cosas”. MIRAGLIA, la considera como la indagación de los principios primeros y supremos, mientras que la jurisprudencia se limita a los hechos, sin hacerse cargo de sus razones.

STAMMLER, sostiene que uno de los puntos que constituyen la misión de la Filosofía del Derecho, es desenvolver el concepto del Derecho y ver cómo aparece en la vida humana. En segundo lugar, la misión de la Filosofía del

⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del Derecho*. Lima, ARA Editores, 2006, p. 22.

Derecho es también, el enseñar en qué consiste la justicia⁴¹. COSSIO, la define como la disciplina que estudia el Derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres generales de su desarrollo histórico y los valores según el ideal de justicia trazado por la razón. Giorgio DEL VECCHIO, establece que la Filosofía del Derecho es la disciplina que define el Derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón⁴². Asimismo establece que existen tres investigaciones: lógica, fenomenología y deontología.

Según la Teoría Tridimensional del Derecho, REALE refiere que la Filosofía del Derecho “no debe (...) permanecer circunscrita al examen del problema del método de la ciencia del Derecho, ni contentarse con la visión enciclopédica de las disciplinas jurídicas, conforme era del gusto del positivismo del siglo XIX; ni puede tampoco ser convertida en mera ‘teoría del lenguaje legislador’, conforme proponen ciertos neopositivistas, en su insípida filosofía de puro rigorismo formal; el objeto del iusfilósofo es la experiencia jurídica en la integridad de su estructura fáctico-axiológico-normativa, en cuanto que generadora de modelos y de significados jurídicos”⁴³. El tridimensionalismo sigue teniendo notable influencia en la moderna concepción científica del Derecho y la Filosofía del Derecho.

A la Filosofía del Derecho no le interesa tanto el aspecto externo y accidental de la formación legislativa de las leyes, sujeta a variaciones del tiempo, las conveniencias políticas y el espacio según las modalidades del sistema jurídico de cada época y Estado, sino el aspecto interno, su esencia y características que la hacen permanente, con una visión holística del Derecho. Cada sistema jurídico responde al desarrollo histórico, a las condiciones materiales y espirituales de cada sociedad, Estado y el concierto internacional,

⁴¹ STAMMLER, citado por PACHECO G, Máximo. *Op. Cit*, p.687.

⁴² DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*, citado por PACHECO G. Máximo. *Op.cit*, p.688.

⁴³ REALE, Miguel. *Op.cit*, p. 38.

la primacía de la corriente política, económica y los enfoques que de esa realidad hacen juristas, filósofos, epistemólogos y politólogos. En cuanto se refiere a los fines de la Filosofía del Derecho, ellas se sintetizan en: a) persigue explicar y desenvolver el concepto de Derecho ¿Qué es el Derecho? b) pretende analizar cómo aparece el Derecho en la vida humana; c) se preocupa de poder enseñar en qué consiste la justicia; y, d) esclarece el fin ideal último del Derecho.

En el conocimiento del Derecho ha tomado sentido las dos disciplinas plenamente identificadas: la Ciencia del Derecho y la Filosofía del Derecho. Ambas disciplinas del conocimiento jurídico están hoy plenamente justificadas y ubicadas. La Ciencia del Derecho tiene por objeto de estudio el origen, desarrollo, análisis e interpretación del ordenamiento jurídico positivo; el conjunto orgánico de las disciplinas que estudian en forma ordenada y sistemática ese objeto que se llama Derecho. Refiere RADBRUCH, la Ciencia del Derecho “versa sobre el sentido objetivo del Derecho positivo”⁴⁴. También afirma, GARCÍA MAYNEZ, “el objeto (...) es el Derecho que es norma, o sea, regulación de conducta”; aquella que tiene por objeto “la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y en un lugar determinado, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación”⁴⁵. En cambio, la Filosofía del Derecho, indaga los fundamentos y las primeras causas del Derecho como sistema jurídico, tiene por objeto el Derecho en sí. No son conocimientos opuestos, sino armónicos que compatibilizan en la vida práctica y teórica. “Para bien o para mal, la filosofía siempre fue un vigoroso pilar del Derecho”⁴⁶ y la Ciencia del Derecho.

De lo expuesto se deduce que los problemas de la Filosofía del Derecho y la Ciencia del Derecho, siguen siendo: la ontología jurídica⁴⁷, o el problema del

⁴⁴ RADBRUCH, Gustav. *Op.cit*, 162-163.

⁴⁵ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. México, Editorial Porrúa, 1944, p. 100.

⁴⁶ BUNGE, Mario. *Historia social..Op.cit* p. 384.

⁴⁷ **Ontología**, es el estudio del ser en sí mismo. **La ontología jurídica**, es la rama de la filosofía del Derecho encargada de fijar el SER del Derecho, es decir, cuál será el objeto sobre el que se va a filosofar., estudia el objeto de estudio de los jurídico; estudia precisamente al “ser jurídico” en la

SER del Derecho, es decir, el mundo del ser, que comprende a todo aquello que ocurre, acontece, existe, pertenece a las normas de naturaleza jurídica; la gnoseología jurídica, o problema del CONOCER del Derecho; la axiología jurídica, o problema del DEBER SER del Derecho, lo referido a la conducta humana, señala como debe ser la conducta humana, prescribiendo el comportamiento del hombre, es decir, el enjuiciamiento crítico del Derecho positivo desde un determinado sistema de valores, de cómo debe ser el Derecho; la hermenéutica jurídica; la epistemología jurídica, la teleología jurídica, etc.

FUNDAMENTOS DE LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO

Todo cuanto se refiere al Derecho y el sistema jurídico⁴⁸ se le denomina: Ciencia Jurídica, epistemología jurídica (*epísteme* = ciencia), doctrina jurídica, jurisprudencia, etc. Los romanos, lo concerniente al Derecho, la denominaron *jurisprudencia*. Para diferenciar la Filosofía del Derecho de la Ciencia del Derecho, a ésta última se la denomina Ciencia Jurídica, que se ocupa principalmente de la dimensión normativa del Derecho⁴⁹ y de los problemas relacionados con la estructura del mismo. Se ocupa principalmente, aunque no de forma exclusiva, de la dimensión normativa del Derecho y de los problemas relacionados con la estructura del Derecho. Su zona central de estudio “es el

interrelación humana. ¿Qué es lo jurídico en una interrelación humana? Es la relación interhumana de justicia entre ambos; relación entre individuos, grupos, estratos, estamentos, clases sociales o de pueblos enteros; relaciones étnicas de justicia, relaciones antropológicas de justicia interhumanas. En suma, es el estudio del ser del Derecho como comprensión totalizadora del sentido del Derecho en el mundo, en las relaciones humanas y sociales.

⁴⁸ **Sistema jurídico**, es una unidad lógica de conceptos homogéneos formada según un principio fundamental. Lo que da fuerza y valor al sistema es el fondo de exactitud y realidad del principio fundamental bajo cuya influencia se coordina. La constitución del sistema jurídico vale tanto como la misma ciencia del Derecho; es el final hacia la perfección del conocimiento, es el ordenamiento científico de la materia jurídica, es dar precisión y límite a los varios conceptos; es fijar el valer y la potencia de las distintas normas, es entrelazarlas y subordinarlas de modo que cada una tenga su puesto adecuado y no se extienda con daño de las otras; es encontrar los principios generales y fundamentales acerca de las instituciones jurídicas, es aclarar los puntos dudosos, contradictorios o deficientes; es armonizar las opuestas tendencias de las instituciones, precisar el lenguaje, es, en suma, formar la ciencia del Derecho. (COGLIOLLO, citado por DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. 4ta.ed. Lima, Editora EDINA, 1990.

⁴⁹ No cabe duda que los diversos estudios acerca del Derecho y la investigación jurídica, tanto históricamente como en la actualidad, tanto cualitativa como cuantitativamente, se han centrado principalmente en su dimensión estructural, es decir, en el análisis de los elementos que lo integran, en las relaciones entre los mismos y en el estudio del conjunto o del todo que forman estos elementos concatenados: la norma jurídica.

Derecho vigente (formalmente válido) desde un punto de vista interno: conceptualización, sistematización, análisis, interpretación, aplicación, etc.”⁵⁰.

Como saber académico científico, la Ciencia Jurídica se inicia en Europa a comienzos del siglo XIX y tiene tres grandes centros de desarrollo: Alemania, Francia e Inglaterra, donde surgieron y desarrollaron las corrientes más importantes: Escuela Histórica, Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia Analítica⁵¹. Estas tres corrientes tuvieron preeminencia en el pensamiento jurídico y, a pesar de ser claramente diferentes entre sí, todas tienen en común algo muy importante: el único Derecho es el Derecho positivo. Sin embargo, más allá del Derecho simplemente positivo, en esencia está “constituido por normas, por hechos, o valores, o por actitudes psicológicas, o por cualquier combinación imaginable entre esos elementos. La filosofía jurídica actual podría ser vista como una enciclopedia donde se alinearan Aristóteles y Galileo junto a Savigny y Santo Tomás”⁵².

Según MONROY GÁLVEZ, “el Derecho es la ciencia o conjunto de ciencias que se encargan del estudio de las pautas de conducta que aseguran la permanencia de una organización social, así como la búsqueda del bienestar general de sus miembros, a partir del mejoramiento de las relaciones entre éstos”⁵³. También es concebida como el conocimiento racional y sistemático del Derecho positivo, mediante la construcción metódica de un ordenamiento jurídico positivo sistematizado con el objeto de hacerlo aplicable. Se vale de la conceptualización exegética y dogmática organizada y clasificada

⁵⁰ MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y Jesús Aquilino FERNÁNDEZ SUÁREZ. *Op. Cit.*, p.149.

⁵¹ La **Escuela Analítica**, floreció en la segunda mitad del siglo antepasado en Inglaterra. Quien primero dio la expresión a esta corriente, fue el jurista John AUSTIN (1790 – 1859), quien publicó en 1882 una obra titulada *The Province of Jurisprudence Determined*. Después de su muerte esta obra fue incorporada a una mayor que incluye sus manuscritos inéditos denominada *Lecturas on Jurisprudence or the Physiophy of Positive Law (1863)*. Se debe la orientación de los estudios del Derecho de AUSTIN, a las diferencias fundamentales de la legislación del continente y de Inglaterra, en virtud del sistema del *Common Law*, que reconoce gran fuerza a la costumbre, y la jurisprudencia, como fuentes principales del Derecho. En la Escuela Analítica de Jurisprudencia predomina el concepto del Derecho esencialmente coercitivo e individualista.

⁵² KIRCHMANN, Julios Hermann von. *Op.cit.* 192.

⁵³ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Op.cit.*, pp. 703-704.

jerárquicamente en consideración a principios básicos reconocidos. Para ALZAMORA VALDEZ: “La ciencia del Derecho constituyen un conjunto orgánico de disciplinas que estudian en forma ordenada y sistemática ese objeto que se llama ‘Derecho’ ”⁵⁴. Remarca: “Las disciplinas jurídicas se integran dentro del conjunto de las ciencias del espíritu y de la cultura”⁵⁵.

Hay quienes consideran al Derecho como una *sociotecnología*. Refieren que el Derecho, es un sistema de normas (en particular de leyes), metanormas, opiniones expertas, precedentes legales y debates sobre el comportamiento social permisible, prohibido y obligatorio. Lejos de ser un campo aislado, la legislación y la jurisprudencia pueden considerarse como una rama emergente de la tecnología, en un pide de igualdad con las ciencias de la administración, y la práctica del Derecho como un servicio a la par con la práctica médica y el asesoramiento en ingeniería. De acuerdo con esta concepción la jurisprudencia contemporánea es una *sociotecnología* en ciernes, porque busca la justicia y el control social con la ayuda de parte del conocimiento acopiado por los estudios sociales, en particular la psicología social, la sociología, la economía, las ciencias políticas y la historia⁵⁶.

El constitucionalista español PEREZ ROYO, acerca de la científicidad del Derecho señala: “El Derecho es simultáneamente una ciencia y una ingeniería social (...) en consecuencia, su objeto de estudio de la misma manera que el científico y el ingeniero contemplan la naturaleza: de una manera científica y técnica. La diferencia entre unos y otros radica en que, mientras el científico y el ingeniero disponen de instrumentos cada vez más sofisticados para analizar su objeto de estudio, el jurista no dispone nada más que de la palabra. Toda la precisión que el científico y el ingeniero alcanzan en el conocimiento de la naturaleza a través de instrumentos cada vez más

⁵⁴ ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 10ª ed. Lima, Editorial Eddili, 1964. p. 45.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 47.

⁵⁶ BUNGE, Mario. *Las ciencias sociales en discusión*. *Op, cit*, p. 383.

complejos, el jurista tiene que alcanzar en el conocimiento de la sociedad a través de conceptos cada vez más diversificados. (...) De ahí que el objeto de estudio del jurista no tenga otra forma de expresarse que a través de un sistema de conceptos cada vez más amplios, más diversificado y más preciso⁵⁷. En tal sentido, el Derecho necesita de una lógica específica, distinta de aquella de la que hace uso en cualquiera de las otras áreas del saber, viene exigida no sólo por la propia naturaleza de su objeto de estudio, sino además y sobre todo por la finalidad del mismo en la convivencia humana. El Derecho es un instrumento para hacer valer la justicia en las relaciones sociales, esto es, para “dar a cada uno lo suyo”⁵⁸, como sostenían los romanos.

Enrique Pedro HABA, refiere: “La ciencia del Derecho es, o pretender ser, conocimiento de los fenómenos jurídicos. Ese conocimiento consiste en una representación –en la mente del conocedor y en su discurso- de dichos fenómenos. Es capaz de referirse, pues, a cosas tan variadas como: textos legales, sentencias, exposiciones de doctrina, conductas típicas de los protagonistas del Derecho, etc. Tal conocimiento puede tener lugar de distintas maneras, o sea, conforme a diferentes maneras de analizar y sistematizar el material examinado”⁵⁹. En otras palabras, la Ciencia Jurídica a decir de HABA, como actividad cognoscitiva se dirige a brindar una representación del fenómeno jurídico conforme al *paradigma*⁶⁰ científico adoptado en cada Estado en particular. Constituye un *corpus teórico*⁶¹ y, a la vez, también una práctica social. “Como práctica social, la ciencia del Derecho supone un sistema institucional de investigación y enseñanza, y ello traduce, de manera implícita o

⁵⁷ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, p. 17.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 19.

⁵⁹ HABA, Enrique Pedro. “*Los paradigmas científicos en la teoría del Derecho contemporáneo*”. En: PALOMINO MANCHEGO, José F. *Op.cit.*, 165.

⁶⁰ KUHN, denomina **paradigma**, en sentido amplio, al conjunto de creencias, valores reconocidos, técnicas y métodos que son comunes a los miembros de un grupo científico dado. En sentido estrecho, el paradigma es un elemento particular de ese conjunto: la solución de un enigma concreto, la cual, habiéndose acreditado como particularmente ilustrada, es utilizada por los investigadores como modelo o ejemplo común para la resolución de otros enigmas que surgen en el desarrollo de la disciplina.

⁶¹ Como **corpus teórico**, la Ciencia del Derecho se presenta en forma de un conjunto de proposiciones articuladas como sistema, lo cual implica la ejecución de una metodología consecuente y supone la obtención de conocimientos que sean, a la vez: comunicables y susceptibles, si no de verificación, a lo menos de un asentimiento racional.

explícita, total o parcial, su interacción (...) con los intereses, valores e ideologías dominantes en la comunidad científica, en primer término, y en la sociedad global, en segundo término”⁶².

VÉSCOVI es del mismo parecer: “el Derecho es ciencia de normas”⁶³. La ciencia del Derecho es esencialmente *normativa*; su análisis gira en torno al Derecho positivo como regulador de la conducta humana social, prescribiendo, prohibiendo o permitiendo a los individuos, determinados comportamientos, lo que origina sus deberes y derechos (derechos subjetivos) que están garantizados por la fuerza coercitiva del Estado. “El científico jurídico sistematiza, interpreta e integra el Derecho para su aplicación con miras a la realización de la justicia. Pero, la norma regula conducta humana intersubjetiva, por tanto el Derecho es también conducta humana viviente (auténtica) y conducta humana objetivada, o sea, el Derecho es también realidad social que exige una investigación sociológica. La conducta humana es regulada por el Derecho en base a ciertos valores, por consiguiente, el Derecho, como ciencia cultural, está cargado de valores, pero la valoración del jurista no puede ser el producto de su mero capricho personal, sino que sus juicios deben estar en consonancia con la tabla de valores que el Derecho positivo trata de conservar, proteger o implantar en una determinada sociedad”⁶⁴.

Para RENDÓN VÁSQUEZ, la Ciencia del Derecho, es una realidad susceptible de ser conocida y explicada, sujeta a causas y efectos, y a repetición, tanto en el momento de su creación al nivel de las relaciones sociales y al nivel de su formulación como normatividad, como en el momento de su aplicación. Su objeto es el Derecho en sus dos maneras de ser: normatividad y relación social. La Ciencia Jurídica integra los varios conocimientos del Derecho: su realidad social, su estructura lógica, su relación con la superestructura política e ideológica, y su evolución como parte de la

⁶² Cfr. HABA, Enrique Pedro. *Op. cit.*, p. 168.

⁶³ VÉSCOVI, Enrique. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires, Editorial IB de F, 2002, p. 24.

⁶⁴ *Ibíd.*, p.158.

evolución de las relaciones sociales⁶⁵. En el Derecho no hay solamente, como sucede en los objetos naturales, elementos fácticos de los cuales se puede predicar su verdad o falsedad, sino que además hay elementos valorativos, normativos, temporales, espaciales y hasta sentimentales, que nos conducen a efectuar afirmaciones si son correctas o incorrectas.

Respecto al tema, RADBRUCH, afirma: “La construcción jurídica presenta el mismo carácter metodológico que la construcción matemática, técnica, gramatical o histórica: su finalidad es la reestructuración de toda institución jurídica partiendo de sus partes previamente aisladas por el pensamiento; es decir, la síntesis realizada sobre los resultados del análisis previo (...) Finalmente la sistemática jurídica es la parte más extensa del orden jurídico o el conjunto de él lo que la construcción es a una institución jurídica suelta, a saber: el desarrollo de las normas concretas de todo orden jurídico o de una de sus partes, a base de una única idea”⁶⁶. Es decir, el Derecho como un conjunto sistémico perfectamente estructurado.

La Ciencia del Derecho no cumple, como generalmente se cree, una labor meramente reproductiva y dogmática, sino también una función interpretadora y argumentativa, ya que entra en contacto con la conducta (el yo y las circunstancias que lo rodean, según ORTEGA Y GASSET). Al ocuparse de la interpretación para indagar el significado y alcance de las normas jurídicas, de la integración (en el caso de lagunas) y de la sistematización u ordenación de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico⁶⁷. El Derecho es una estructura normativa que envuelve una relación entre hombres y que establece coordinación de conductas que trascienden la pura actualidad y se proyecta hacia el futuro. “El Derecho es una ciencia de realidades, esto es,

⁶⁵ RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *El Derecho como norma y relación social*. Lima, Ediciones Tarpuy, 1989, p. 159.

⁶⁶ RADBRUCH, Gustav, citado por Pedro HABA en: “*Kirchamann sabía menos... ¡pero vio mejor!*”. PALOMINO MANCHEGO, José F. *Discusión sobre el carácter anti – científico del Derecho*. Lima, Editora Jurídica, Grijley, 1999, p.89.

⁶⁷ MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Op.cit.*, p. 24.

que busca su fuente en la experiencia”⁶⁸. Alberto Federico RUIZ DE ERENCHUN señala: “el Derecho sin vida humana no es Derecho. La vida del Derecho se da por medio de los valores que la conducta humana implica”⁶⁹, por la simple razón de que es producto del intelecto humano.

Según PUCHTA, en el Derecho existen tres enfoques: normativo, axiológico y sociológico. El Derecho como sistema normativo, se orienta según una pirámide de conceptos, pues, “la misión de la Ciencia del Derecho es conocer las normas jurídicas en su conexión orgánica, condicionándose unas a otras y precediendo unas de otras”⁷⁰. De acuerdo al axiologismo, el Derecho busca como paradoja la *justicia* y la *equidad*. Se escapa de la norma. Se la interpreta y con ello se la puede rebasar si conviene al intérprete y si así lo propone “la justicia concreta”. El axiologismo nos lleva hipnotizados, por lo *justo, orden, seguridad, bien común y justicia social*, etc.⁷¹. En cambio el sociologismo, o el positivismo como más propiamente se llama a este enfoque, reúne a “aquellos autores que llaman *Derecho* al hecho de que determinado tipo de conducta se cumpla con una cierta regularidad, ya sea en un medio social –una colectividad o un sector de ella- o al menos en la práctica de los jueces”⁷².

En síntesis, para conocer el Derecho como Ciencia y objeto cultural no basta el conocimiento del substrato, sino que es preciso comprender su sentido, ya que los objetos culturales son valiosos positiva o negativamente. En el proceso de investigación jurídica, enfrentaremos aspectos objetivos y subjetivos. Todo conocimiento es objetivo y subjetivo, fáctico y formal a la vez. Objetivo, porque corresponde a la realidad, el Derecho trata de reflejar la realidad y resolver hechos fácticos presentados en la sociedad. Es subjetivo,

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 26.

⁶⁹ RUIZ DE ERENCHUN, Federico, citado por MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Op.cit.*, p. 26.,

⁷⁰ PUCHTA, citado por Javier VILLA STEIN, en: *Derecho Penal, parte general*. Lima, Editorial San Marcos, 1998, p. 45.

⁷¹ BINDING, Karl, citado por el jurista Javier VILLA STEIN, *Op. cit.*, p. 45.

⁷² HABA, citado por Javier VILLA STEIN, *Op.cit.*, p. 46.

porque está impregnado de elementos pensantes implícitos en los actos del ser humano a través de valoraciones y el uso del razonamiento lógico. Vincula procedimientos mentales (subjetivos) con actividades prácticas (objetivas).

Empero, la Ciencia Jurídica busca el predominio de lo objetivo a través de explicaciones congruentes, predicciones y control de los fenómenos jurídicos. Si bien el proceso mental es subjetivo, el contenido de las teorías no lo son de modo alguno en forma absoluta. La constante búsqueda de la verdad se presenta con teorías, la realidad se aprehende con instrumentos metodológicos. De lo que se concluye que el Derecho es Ciencia porque tiene una base empírica (la conducta humana social), una base normativa (el ordenamiento jurídico) y una base ideal (los valores), las tres están íntimamente interrelacionadas. El estudio del Derecho comprende fundamentalmente estos tres aspectos: social, normativo y valorativo. Para su mejor comprensión, la podemos abordar desde la perspectiva jurídico-formal que tiene como objeto a la norma, o desde su aspecto jurídico-social cuyo objeto es la realidad social, o de la perspectiva axiológica que tiene como objeto los valores.

PRECURSORES DE LAS TENDENCIAS EPISTEMOLÓGICAS DEL DERECHO

Al declinar la preponderancia de la filosofía del Sacro Imperio Romano Germánico y la Iglesia, se opera un cambio extraordinario en las concepciones filosóficas y epistemológicas en general, extendiéndose al jurídico. Hechos históricos producidos a partir del siglo XV, contribuyen a esa declinación, puesto que demuestran que la realidad es en el fondo distinta a las meras apariencias que la filosofía *realista*⁷³ y el hombre de ciencia percibían.

⁷³ Para el *realismo*, significa tener en la mente todo un catálogo, lo más variado posible, de conceptos y juicios que nos permiten acceder a la realidad de una manera simple y natural. El conocimiento refleja así en la mente la misma realidad. Y de esta manera, entre el pensamiento del sujeto cognoscente y el ser de la realidad no existe discrepancia alguna. Un juicio es verdadero cuando a la cosa, cuyo “*ser en sí*” se da por supuesto. Y la verdad se define entonces para el *realismo* como perfecta adecuación entre lo que el juicio expresa y lo que la realidad es. En todo el desarrollo de la metafísica realista encontramos siempre el mismo supuesto fundamental: las cosas *son en sí y por sí*. En. SMITH, Juan Carlos. *Op.cit* .p. 80.

Desde Parménides hasta Santo Tomás, la filosofía al adoptar una actitud básicamente *realista* era en líneas generales, una formidable indagación metafísica, una doctrina de amplia realidad⁷⁴. Es el siglo XVI cuando el saber científico hasta entonces predominante entra en profunda crisis y de esa crisis han de surgir nuevas posiciones epistemológicas acerca del enfoque de la filosofía, la ciencia y el Derecho.

A esta época corresponden:

Nicolás MAQUIAVELO (1496 – 1527), más que un filósofo fue un político empirista y un sociólogo de su época. En sus obras “*Discursos sobre la primera década de Tito Livio*”, “*El Príncipe*” y “*El arte de la guerra*” analiza los procesos políticos y las causas en que se fundan el poder y la estabilidad de los gobiernos. Maquiavelo inventó el maquiavelismo, sin ser necesariamente maquiavélico. Acuñó célebre frase usual en los gobernantes de hoy: “el fin justifica los medios”. Sostenía: “Hay dos maneras de combatir. Una, con las leyes; otra, con la fuerza. La primera es propia de los hombres, la otra nos es común en los animales; pero cuando las leyes son impotentes, es preciso por cierto recurrir a la fuerza; un príncipe debe saber combatir a la vez como hombre y como bestia”. Lo caracterizó en particular el dominio y el ejercicio de la política de Estado que en forma magistral imperó en su época.

Juan BODÍN (1530 – 1596), filósofo francés influido por la literatura greco-romana consideraba la estructura y organización del Estado a partir de un concepto unificador: el de la identificación del poder y la soberanía del Estado con el gobierno. Distingue tres clases de gobierno: la monarquía, la aristocracia y la democrática. Como hombre político al igual que MAQUIAVELO su método se funda también en la experiencia inmediata.

⁷⁴ SMITH, Juan Carlos. *Op.cit*, p. 79.

Francisco SUÁREZ (aprox. 1548 – 1617), la filosofía del teólogo y canonista español constituye sin duda la elaboración más madura del *jusnaturalismo* escolástico. En su obra “*De legibus*” desarrolla aparte de otros temas, una extensa doctrina de la ley natural y la ley positiva. Afirma que el Derecho natural se estructura en función de una doble serie normativa: a) normas rigurosamente inmutables, de carácter necesario, independientes de todo arbitrio humano, que constituyen el *Derecho natural preceptivo* y que regulan materias no contingentes, y b) normas que regulan materia mutables, cuyo contenido depende del dominio de la voluntad humana y que por lo mismo pertenecen al llamado *Derecho natural dominativo*. Al incluir el elemento *mutabilidad* en el Derecho natural, intenta mostrar la vinculación de éste con el Derecho positivo.

Hugo GROCIO (1583 – 1645) es considerado el verdadero precursor de la moderna filosofía jurídica. Su punto de partida es el propósito de fundamentar sobre las bases meramente racionales y con sentido universalista un Derecho de Gentes depurado de toda influencia política y religiosa. En su obra “*De jure bellic ac pacis*” publicada en 1625, acepta la teoría aristotélica de la naturaleza social del hombre pero se aparta del concepto escolástico al sostener que el Derecho natural ni se funda en la Providencia ni se hace patente por revelación, sino que se manifiesta en la socialidad del hombre y se demuestra por la razón. Al independizar el Derecho de la religión y la teoría jurídica de la teología inicia una nueva corriente *jusnaturalista* que parte del reconocimiento de la razón humana como único instrumento cognoscitivo del Derecho natural.

Tomás HOBBS (1588 – 1679). Para este gran filósofo inglés autor de “*De cive*” y “*Leviathán*”⁷⁵, el hombre es originariamente antisocial, dominado por el instinto de conservación que lo induce a buscar satisfacción de sus propias

⁷⁵ HOBBS sostenía que el hombre estaba inmerso en una realidad, que es la social, cuya estructura política se denomina Estado, a quien llamó *Leviathán* porque es el nombre de una de las bestias monstruosas, enormes, que figuran en la mitología de la Biblia, que domina a todos, que se come a todos.

necesidades con prescindencia de las de sus semejantes. El egoísmo es, así, el factor determinante para todos los actos humanos. En el primitivo *estado de naturaleza* en que vive el hombre, ese egoísmo se resuelve en una guerra de exterminio, pues, abandonado a sus instintos, todo ser humano es dañoso para con sus semejantes: *“homo homini lupus”* (El hombre es un lobo para el hombre). El tránsito del estado natural al estado civilizado supone un momento de transformación en el egoísmo, transformación que se opera con la institución de dos sistemas normativos fundamentales: el Derecho y la moral.

Benito SPINOZA (1632 – 1677), pensador holandés, autor de las obras *“Tractatus Theologicus politicus”*, *“Ethica”* y *“Tractatus politicus”*. Parte del supuesto de que tanto el pensamiento como la extensión (el espíritu y la materia) sólo son dos distintas maneras de manifestación de una sustancia infinita y única a la que denomina *Deus sive Natura* (Dios o Naturaleza). La doctrina sobre el hombre y su comportamiento se funda en una teoría del conocimiento, según la cual, todas las ideas en torno a Dios o Naturaleza son ideas verdaderas, cuya verdad consiste en su perfecta adecuación con la realidad.

Jhon LOCKE (1623 – 1704), desarrolla una filosofía empirista y se opone en muchos aspectos al racionalismo continental europeo predominante en su época. Impugna la tesis de que la sola razón especulativa sea suficiente para lograr conocimientos verdaderos. En cambio, la razón analítica, frente a las ideas aportadas por la experiencia, constituyen en última instancia el supremo criterio orientador del proceso de conocimiento. Su gran aporte fue hablar de los derechos naturales del hombre, estableció así la única manera de no ser aplastados por el Leviatán del Estado. Derechos *naturales* significa que nacen con los hombres, que los hombres poseen los mismos derechos más allá de sus diferencias personales: el derecho a vivir, a sobrevivir, a expresarse libremente, el derecho al trabajo. En el libro *Segundo tratado del gobierno civil* expresa: “Cuando Dios dio el mundo en común a toda la humanidad le impuso

al hombre a trabajar; apropiarse de la tierra, es decir, mejorarla en interés de la vida y al hacerlo invertir algo en ella: su trabajo”. De modo que para LOCKE la propiedad era una consecuencia del trabajo; no hay propiedad sin trabajo⁷⁶. Mucho de su pensamiento se incorporó en la Declaración de los Derechos del Hombre fruto de la Revolución Francesa de 1789, y la norteamericana de 1787.

Samuel PUFENDORF, es considerado uno de los adherentes más completos a la escuela del Derecho Natural. Sus obras: *“Elementa Jurisprudentiae universales”*, *“De jure naturale ac Pentium”* y *“De officii hominis et civis”* constituyen, en alguna medida, una síntesis doctrinaria de las concepciones de GROCIO y HOBBS. Su aporte es la antítesis que establece entre el Derecho natural y el Derecho positivo. El primero es propio y connatural del hombre, anterior al Estado e incluso orientador de toda función legisladora. El segundo es puesto por el Estado, consagrando, las más de las veces, los derechos y deberes ya impuestos por el Derecho natural.

Cristián TOMASIO (1655 – 1728), afronta por primera vez la tarea de resolver, con criterio metódico, el problema de la distinción entre Moral y Derecho. Con un fundamento notoriamente político, distingue las ciencias relativas al comportamiento humano en tres especies, a saber: la Ética o Moral, la Política y la Jurisprudencia o Derecho. Aunque diversas en su contenido, las normas de conducta estudiadas por estas tres disciplinas tienden a una común finalidad: concretar la felicidad humana.

Juan Bautista VICO (1668 – 1744) filósofo italiano que consideró al Derecho como fenómeno histórico anticipándose, en cierta medida, a la concepción de la Escuela histórica que aparece en el siglo XIX. Sostiene que el Derecho natural es una idea, pero también un hecho, un acontecimiento del

⁷⁶ BARYLKO, Jaime. *Op.cit*, p. 136.

hombre. De esta manera el conjunto de verdades que la razón descubre es necesariamente actuado y vivido por el hombre en el devenir histórico.

Carlos de Secondat, Barón de MONTESQUIEU (1698 – 1755), autor de la célebre obra *“El espíritu de las leyes”*. En ella analiza las instituciones jurídicas, leyes y costumbres de los distintos pueblos, considerándolas como consecuencia o productos del devenir histórico. Respecto del origen y evolución del Derecho –y se advierte también del Estado- confiere relevancia a las condiciones naturales, ambientales y climáticas en que viven las distintas sociedades. Apartándose del clásico esquema aristotélico distingue, sobre el Estado, tres diferentes formas: a) La República, cuyo principio fundamental es la virtud, o sea, la vocación ciudadana hacia el bien público. b) La Monarquía, cuyo principio rector es el honor, principio bajo el cual los individuos tienden a lograr títulos y privilegios dentro de un sistema autocrático de organización. c) El despotismo, cuyo principio supremo es el miedo, es decir, la consolidación del poder mediante una opresión tal que tienda a lograr que la autoridad estatal sea no sólo respetada sino también temida.

Juan Jacobo ROUSSEAU (1712 – 1778), autor de: *“Espíritu de las leyes”*, *“Discursos sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres”* y *“Contrato Social”*. Se caracteriza porque en todas sus obras refleja un pensamiento uniforme. Examina en el primero de los trabajos el origen de la civilización y, paralelamente, el proceso de corrupción operado en el individuo social como consecuencia de la paulatina consolidación del régimen de la propiedad privada, de las ambiciones y predominios políticos y de la oposición de complejos intereses. Este proceso por ser la causa de la infelicidad, de la desigualdad y las luchas humanas, ha ido cavando un abismo entre el estado natural y el estado social del hombre. En contra de la tendencia natural, el estado social ha desjerarquizado la bondad humana creando un plexo de privilegios y subordinaciones, eliminando, poco a poco, la originaria pureza de los individuos.

En el “*Contrato Social*”, postula una serie de soluciones en torno a los problemas existentes en su época. Sostiene que el estado social y dentro de él la vida política, son situaciones de hecho que no admiten retroceso, y que el logro de tales condiciones sólo podría concretarse mediante una Constitución Política elaborada a tenor de la idea del *contrato social*, por el cual contratamos la cesión de la libertad al Estado y a él le dictamos nuestras reglas, nuestras leyes; por lo tanto, esas leyes nos devuelven la libertad cedida, ya que son nuestras.

Manuel KANT (1724 – 1804), considerado como el renovador de la filosofía moderna. Es autor, entre otros, de las obras: “*Crítica de la razón pura*”, “*Crítica de la razón práctica*” y “*Crítica del juicio*”. Continúa la corriente iniciada por DESCARTES, pero representa una nueva dirección: el *idealismo trascendental*, cuya preocupación fundamental fue indagar las condiciones puras o apriorísticas del conocimiento a través del *sujeto trascendental*⁷⁷. El *criticismo* kantiano se manifiesta como un propósito extraordinario de superación entre el dogmatismo racionalista y el escepticismo empirista que había sucedido al sistema cartesiano. Pero además con su *fenomenalismo*, ha de establecer un nexo entre el realismo clásico, que procedía de la vieja metafísica aristotélica, y el idealismo absoluto que vendría tras él.

Federico SCHELLING (1775 – 1854), fue un filósofo de profundo contenido racionalista. Considera al Derecho como una manifestación de ese gran *espíritu del mundo* que, a modo de razón universal, regula y ordena la vida social. De esta manera, todas las instituciones jurídicas como las sociales, no son sino producto de aquellas actividad creadora, impersonal, inacabable.

⁷⁷ El *sujeto trascendental* kantiano es un elemento de una relación establecida por el conocimiento entre este sujeto que conoce y un mundo empírico por él conocido. No se concibe al sujeto cognoscente sin un objeto conocido ni a éste sin aquél. La relación es irreductible e irreversible. El *sujeto trascendental*, no es un elemento pasivo sino fundamentalmente activo desde el punto de vista del conocimiento, pues, la relación que éste implica no sólo se constituye, se integra mediante la actividad intelectual de aquél. Es decir: el mundo es y existe como término relacionado al sujeto sólo a través de la función cognoscitiva de éste. Ser *sujeto trascendental* equivale, pues, a ser un conjunto de condiciones “*a priori*” de toda objetividad cognoscible.

Federico Guillermo HEGEL (1770 – 1831), pensador alemán cuya filosofía es caracterizada como idealismo absoluto en sentido objetivo. Desarrolla y perfecciona en un riguroso sistema *panlogístico* las concepciones de SCHELLING. El método hegeliano, la *dialéctica*, constituye el ejemplo más destacado del raciocinio abstracto. Para HEGEL, la dialéctica es la única vía racional posible para llegar a la verdad. Consiste en un tránsito entre una teoría (tesis) y su opuesta (antítesis) hasta desembocar en una tercera (síntesis) que soluciona las contradicciones existentes entre ambas. Aplicando este método a toda unidad objetiva cognoscible es posible inferir otra, opuesta, con el fin de superar dentro el mismo proceso lógico, su imperfección. Así pues, frente a una *tesis* –que representa el ser una cosa cualquiera–, la propia unilateralidad de ésta suscita una contradicción, que es su *antítesis*.

Sobreviene luego, en un movimiento especulativo, la *síntesis*, en la cual se unifican, al ser superados, los dos conceptos contradictorios. Más como esta síntesis suscita a su vez otro concepto contradictorio, ella cumple la función de una nueva tesis que contrapuesta a su síntesis lleva, por inferencia, a una nueva síntesis. Según HEGEL, el Derecho está comprendido dentro del espíritu objetivo. A partir de esta concepción se demuestra en un tránsito racional por los tres momentos integrativos del proceso dialéctico, las diferencias y oposiciones categoriales entre el Derecho y la Moral y su superación en una síntesis representada por la vía afectiva y concreta que se dan en la organización familiar, societaria y estatal.

Otros pensadores de la época contemporánea, gestores de las corrientes epistemológicas, están expuestos en el siguiente acápite:

CORRIENTES PREDOMINANTES EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO

En la formulación del marco teórico, los estudiosos del Derecho, casi siempre se inclinan por una de las corrientes epistemológicas *jusfilosóficas* que conoce el Derecho contemporáneo. Pese al tiempo transcurrido, muchas de ellas, siguen con plena vitalidad en el pensamiento jurídico. La Ciencia Jurídica no es de un solo tipo, sino que responde a distintos modelos, según qué paradigmas científicos sean puestos en juego. Si hubiera un único tipo de paradigma posible para esos efectos, estaríamos en el caso del *monismo* (= un solo) *epistemológico* (modo de conocimiento) en la materia⁷⁸. Esta posición adoptada por la generalidad de juristas, significa aceptar el pluralismo en la interpretación del Derecho y su enfoque metodológico, registrando las diferentes direcciones epistemológicas *iusfilosóficas*, para otros denominados paradigmas⁷⁹ o modelos determinantes en el desenvolvimiento de la cultura jurídica.

Consideramos importante analizar en forma sintética los rasgos fundamentales de estas corrientes epistemológicas que han influido en el pensamiento jurídico, manifestando que no son las únicas ni exclusivas, pero sí las más significativas:

7.1. EL DERECHO NATURAL O JUSNATURALISMO

Inicialmente la teoría del Derecho fue conocida durante siglos y milenios con el nombre de *Derecho natural*. En la Antigüedad, esta idea descansaba sobre el antagonismo entre la naturaleza y la convención (Aristóteles); en la Edad Media respondía a la antítesis entre el Derecho divino y el Derecho secular (Santo Tomás de Aquino); en los tiempos modernos tiene por fondo la antinomia entre

⁷⁸ HABA, Enrique Pedro. *Los paradigmas científicos en la teoría del Derecho contemporánea*. (Universidad de Costa Rica), texto incluido en la publicación auspiciado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, Escuela de Postgrado. Lima, Grijley, 1999, p. 168.

⁷⁹ KUHN enfoca el **paradigma** desde un sentido amplio y uno concreto. En sentido amplio, el paradigma sería el conjunto de creencias, valores reconocidos, técnicas y métodos que son comunes a los miembros de un grupo científico dado. En sentido concreto, el paradigma es un elemento particular de este conjunto: la solución de enigma concreto, la cual, habiéndose acreditado como particularmente ilustrativa, es utilizada por investigadores como modelo o ejemplo común para la resolución de otros enigmas que surgen en el desarrollo de la disciplina. Mas tarde, KUHN propone el concepto de “matriz disciplinaria”, para dar cuenta de diversos elementos a que apunta el paradigma en sentido amplio.

la razón y el orden coactivo (Hugo Grocio, Rousseau). Para el pensamiento *jusnaturalista*, por sobre el Derecho positivo, es decir, el Derecho creado por los hombres mediante las normas jurídicas producidas a través de las diversas fuentes del Derecho reconocidas, existe un Derecho superior (Derecho Natural), compuesto por un conjunto de valores que actúan como inspiración de sus contenidos y como guía de la actuación y decisiones de los agentes del Derecho. El denominador común de la doctrina *jusnaturalista* es la creencia de un Derecho fundado en la naturaleza del hombre, que rige “de modo incondicional, permanente y ubícuo”.

Santo TOMÁS DE AQUINO es el más lúcido exponente del Derecho natural. Discierne que hay cuatro tipos de leyes: 1. La Ley Divina, que está en la mente de Dios y no nos es accesible por completo. 2. La Ley Revelada, que es la parte de la Ley Divina comunicada al hombre a través de la Palabra Sagrada (es decir, el texto bíblico). 3. La Ley Natural, que es la parte de la Ley Divina que se manifiesta al hombre a través de su propia observación de la naturaleza. 4. La Ley Positiva o Ley Humana, que es (...) el Derecho positivo⁸⁰. En esta etapa, el *jusnaturalismo* subsiste como una concepción basada en un entendimiento cristiano y trascendental de la naturaleza humana, válido exclusivamente para quienes participan de esa concepción religiosa. Fueron los grandes debates habidos durante la Reforma y que más tarde se convertirían en crueles y sanguinarias guerras, así como la incesante persecución a los detractores (las Cruzadas y Santa Inquisición) que hicieron ver la necesidad de buscar nuevos fundamentos.

El *jusnaturalismo* tiene por fundamento la naturaleza racional del hombre y no precisa de promulgación, porque se encuentra gravada en nuestra conciencia y le señala a ella, con carácter obligatorio, el camino de la justicia. Constituye, por tanto, aquel conjunto de los primeros principios de justicia,

⁸⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico; introducción al Derecho*. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1987, pp. 326-327.

eternos e inmutables, que sirven de orientación al Derecho positivo. Su misión no es tanto la de suministrar fórmulas, como la de dar forma sustancial al ordenamiento jurídico. No es un Derecho ideal ni tampoco un Derecho positivo, sino una ley ordenadora que se presenta a la inteligencia humana como el elemento jurídico de la razón que, amalgamado con multitud de otros de carácter histórico, sociológico, económico y cultural, y moldeado por la técnica jurídica, se traduce en el Derecho positivo.

A partir del siglo XVI y XVII, esta primigenia concepción sufre una importante transformación. Empieza la era racionalista y empirista cuyos representantes son GROCIO y PUFENDORF. Con ello, el Derecho Natural comienza un vertiginoso desarrollo. El *jusnaturalismo racionalista* se originó en el llamado movimiento iluminista que se extendió por Europa en los siglos XVII y XVIII, y que fue expuesto por los filósofos como SPINOZA, PUFENDORF, WOLF y finalmente KANT. Según esta concepción el Derecho Natural no deriva de los mandatos de Dios sino de la naturaleza o estructura de la razón humana.

El moderno Derecho Natural basa sus postulados en la teoría del “*contrato social*”. Sostiene que no debe verse en éste hecho real, sino simplemente una pauta ficticia⁸¹. No debe considerarse, por tanto, como un contrato realmente concertado, sino como una pura construcción conceptual⁸². Los juristas nacionalistas intentaron formular detalladamente sistemas de Derecho Natural, cuyas normas básicas, de las cuales se inferían lógicamente las restantes, constituían supuestos axiomas autoevidentes para la razón humana, comparables a los axiomas de los sistemas matemáticos. Los presupuestos y métodos del racionalismo influyeron en la configuración de la

⁸¹ RADBRUCH, Gustav. *Op.cit*, p. 24.

⁸² El **Derecho Natural** acusa, en los tres períodos históricos señalados, los siguientes rasgos comunes: 1. El Derecho Natural es, como la naturaleza, como Dios y como la razón, inmutable y absoluto, común a todos los tiempos y a todos los pueblos. 2. El Derecho Natural es clara e inequívocamente cognoscible por medio de la razón. 3. El Derecho Natural no es solamente una pauta para contrastar el Derecho positivo, sino que tiene por misión sustituir a éste en todos los casos en que se halla en contradicción con él. En: RADBRUCH, Gustav. *Op.,cit*,p . 25.

llamada “dogmática jurídica” que es la modalidad de la Ciencia del Derecho que prevalece en los países de tradición continental europeo.

El siglo XVIII es de antagónica pugna entre quienes jusnaturalistamente defienden el Antiguo Régimen (y con él a su sistema jurídico), y quienes jusnaturalistamente proponen un nuevo sistema que triunfará definitivamente con la revolución liberal⁸³. La concepción filosófica de los derechos inspirados en la Declaración Británica de Derechos (1689), la Declaración de Independencia de EEUU (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano gestado en la Asamblea Nacional de Francia, en agosto de 1789, son la expresión legislativa de esta orientación epistemológica⁸⁴ basada en las nociones del Derecho Natural. Se creía que el hombre tenía una naturaleza fija e inalterable, que estaba dotado de razón, la cual le confería ciertos derechos sin los cuales dejaba de tener la condición de un ser humano⁸⁵. En el curso del siglo XIX se fue haciendo evidente que esos derechos no eran absolutos e inalterables. A medida que las creencias racionalistas de la época precedente fueron ganando perspectiva, los derechos se reconocieron como creados y garantizados en el constitucionalismo contemporáneo.

7.2. EL POSITIVISMO JURÍDICO

Como consecuencia a los excesos del racionalismo sobrevino, en la segunda mitad del siglo XIX, una tendencia totalmente opuesta: *el positivismo*. La palabra *positivismo* fue acuñado por Auguste COMTE (1798 – 1857) para aludir a su filosofía. El término se popularizó a través de la *Siete Positive* que fundó en 1848 y sustituyó la utilización de otros términos como “ciencia positiva” y

⁸³ RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 327.

⁸⁴ El artículo 2º de la Declaración de los Derecho del Hombre y del Ciudadano expresa: “El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Atribuir derechos propios al hombre como lo hace este texto es, precisamente, una de las características del jusnaturalismo.

⁸⁵ FRIEDRICH, Carl Joachim. *Filosofía del Derecho*. Traducido por Margarita Álvarez Franco. México, Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 372.

“filosofía positiva”. El positivismo, en general, sostiene tres tesis: a) *legalismo*, según la cual el conocimiento que merece llamarse ciencia debe descubrir las normas o leyes del funcionamiento de los objetos reales; b) la tesis de *empirismo*, según la cual el conocimiento objetivo y científico encuentra su garantía de verdad en la observación empírica de los objetos particulares; y c) la tesis del *pragmatismo* o *tecnologismo*, según la cual la ciencia debe hacer posible la precisión y control racionales de los eventos de la realidad natural y social.

En el campo jurídico, el positivismo se caracteriza por dos aspectos fundamentales: el empleo del método empírico y la renuncia a recurrir a “criterios de valor”. Parten de presupuestos epistemológicos consistentes en la separación *sujeto/objeto* y la neutralidad valorativa en la formulación y conceptualización de las normas jurídicas. Este enfoque epistemológico, en el ámbito jurídico, no se la puede explicar sin la existencia previa de un *positivismo científico y filosófico*. DWORKIN, refiere que el positivismo jurídico es una teoría semántica que se apoya en el punto de vista del hecho evidente y el postulado de que el argumento genuino sobre el Derecho debe ser empírico en lugar de teórico⁸⁶.

Se atribuye también al positivismo la tesis de que cualquiera que sea el contenido de las normas del Derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones ser necesariamente obedecidas por la población y aplicadas por los jueces, haciendo caso omiso a sus escrúpulos morales, o sea, la axiología jurídica. En ese sentido las proposiciones normativas son puramente descriptivas, se ocupan de cómo es el Derecho según criterios formales. Una norma será verdadera si ha sido precedida de un evento productor del Derecho por parte del órgano competente y resulta eficaz su uso o aceptación general por parte de la comunidad.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa, 1988, p. 39.

La humanidad, según COMTE, atravesó varias etapas: la teológica, primero, la metafísica después y, finalmente, la positiva. *Positiva*, significa concreta, tangible. Lo demás son fantasmas y han de ser desechados. Otro representante de esta corriente es León DUGUIT (1858 – 1928) para quien el Derecho es, en definitiva, sólo un modo de manifestación de la *solidaridad social*, entendida ésta como fuerza motivadora del acontecer histórico y no como un mero postulado. Dentro de este concepto ninguna norma jurídica es válida si no está conforme con los fines impuestos por aquella solidaridad.

RADBRUCH, en esa misma dirección sostiene que el Derecho “es un fenómeno cultural; el concepto de Derecho es, por consiguiente, un concepto cultural”⁸⁷. Lo define como *conjunto de normas generales y positivas que regulan la vida social, que se origina en el Estado*. Desprende las siguientes características: 1. Que el Derecho debe tener una realidad, presentar, por ejemplo, la forma empírica de una ley o una costumbre; dicho en otros términos, debe ser *positivo*. 2. Que, en cuanto materialización de la idea del Derecho, debe elevarse valorativa e imperativamente sobre el resto de la realidad, es decir, que debe ser *normativo*. 3. Que, por proponerse la realización de la justicia, debe regular la convivencia humana; debe tener, por tanto, carácter *social*. 4. Que, por virtud de la justicia a que aspira, debe establecer la igualdad para todos a cuantos afecta; debe tener, por consiguiente, carácter *general*⁸⁸. La voluntad del Estado, cuando carezca de uno de estos requisitos, no serán más que afirmaciones de poder carentes de significación jurídica.

El positivismo jurídico asume también preponderancia con Hans KELSEN a partir de mediados del siglo pasado. Plantea que para estructurar una ciencia autónoma del Derecho, hay que separar todo lo que pertenece a otras sean valores, conductas, etc., más propios de la moral, la religión o la sociología y la política. Refiere que el Derecho como sistema, para regir, no tiene que ostentar

⁸⁷ RADBRUCH, Gustav. *Op.cit*, p.46.

⁸⁸ *Ibid*, p. 47.

un cumplimiento rígido ni universal. Basta que la generalidad de sujetos lo acate para que efectivamente sea eficaz y, por tanto, orden jurídico propiamente dicho. Estructura al Derecho como una pirámide en cuyo vértice existe una norma que lo sostiene como conjunto. Esta norma no es un texto legislativo ni nada semejante, es más bien, una *hipótesis* sobre su eficacia: si el orden jurídico en su conjunto es acatado por la generalidad de los sujetos de la sociedad correspondiente, entonces es su orden jurídico y en caso contrario no lo es; es *fundamental* porque, así definida, lo sustenta, es decir, le da la razón⁸⁹. La vinculación del positivismo con la aparición del Estado moderno es evidente y, en cierta forma, constituye la teoría que más cabalmente intenta expresar su grado de desarrollo y consolidación durante el siglo pasado. Por ello, KELSEN, identifica al Estado con el Derecho, mostrándonos como las dos caras de la misma medalla: “El Derecho es el Estado porque él es el que lo produce”⁹⁰. A partir del positivismo jurídico se desarrolla la Teoría del Estado y la Teoría del Derecho íntimamente interrelacionadas en la investigación y la doctrina jurídica.

De todo lo explicado se concluye en lo siguiente:

1. La Ciencia del Derecho, si quiere ser verdadera ciencia y proporcionar un conocimiento objetivo, debe ser una ciencia exclusivamente descriptiva-enunciativa y no valorativa. Una ciencia pura y neutra que se mantenga al margen de toda intromisión de juicio valorativa o de criterio político.
2. El científico debe considerar al fenómeno jurídico –al Derecho– como un puro hecho y nunca como un valor, describiendo tal como es y no tal como debe ser, y poniendo de manifiesto esas relaciones causales con respecto a los demás fenómenos de la estructura social. El Derecho vendría ser, como señala

⁸⁹ RUBIO CORREA, Marcial. *Op.cit*, p. 333.

⁹⁰ *Ibíd.*, p.334.

MONTESQUIEU, un fenómeno histórico en conexión esencial e indisoluble con los demás fenómenos sociales y sólo comprensible desde éstos.

3. La Ciencia Jurídica ha de renunciar a problemas esencialistas, metafísicas o valorativos del Derecho, y ha de limitarse a enunciar y describir la realidad jurídica tal cual es⁹¹.

En consideración a lo expuesto, el positivismo jurídico trata de dar una definición del Derecho pura y neutra, ajena a toda influencia ideológica, religiosa o política, y todos los conceptos que utiliza para esa descripción y conocimiento elevadas al nivel de categorías y conceptos. De tal modo que, el positivismo jurídico establece una ruptura entre el concepto científico del Derecho y toda dimensión ético-valorativa o de justicia.

7.3. EL HISTORICISMO JURÍDICO

La Escuela Histórica del Derecho surge como un intento de superar las corrientes jusnaturalistas predominantes y delimitar el ámbito del Derecho mismo. Gustavo HUGO (1783 – 1834), Federico Carlos de SAVIGNY (1779 – 1861) y Jorge Federico de PUCHTA (1798 – 1846) dieron nacimiento e impulso a esta Escuela. SAVIGNY considerado el más representativo sostiene: el Derecho no es algo estático, algo que esté fuera de las múltiples contingencias de la vida social sino que existe, se dinamiza y transforma en ésta a través de las costumbres, que son la expresión cabal de la *conciencia jurídica popular*. Todo pueblo tiene un espíritu propio, un alma colectiva (*volksgeistk*) que se moraliza y manifiesta, como el lenguaje, a través de la moral, del Derecho, como exteriorización de la conciencia jurídica popular no puede caracterizarse nunca como una creación legislativa sino como producto de una lenta elaboración histórica que se manifiesta casi instintivamente a través de

⁹¹ MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y Jesús FERNÁNDEZ SUÁREZ. *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994, p.50.

sucesivos momentos del acontecer. Infieren que existen normas universalmente válidas a partir del desarrollo de la historia humana.

Decía también SAVIGNY: “Cuando una ciencia como la del Derecho descansa sobre los esfuerzos no ininterrumpidos de muchos siglos, constituye una herencia inapreciable, cuya posesión quieta y pacífica goza la generación de que formamos parte”⁹². Frente a la mentalidad antihistórica sobre el Derecho que subsistía en Francia, y que la propia Alemania tenía su exponente en la denominada Escuela Filosófica, lo que se propugna es el rigor de un conocimiento histórico del Derecho. Se sostiene entonces que, nada hay inmutable, rígido, ideal. Los tiempos y los hechos se suceden, cambian y progresan, y con ellos los conceptos en que se encierran. El Derecho y los conceptos jurídicos no pueden escapar a esta ley. Lo que se reputa como jurídicamente válido y vigente es el resultado de una evolución, cuya raíz está en el pasado y su término en el futuro⁹³.

Indica el jurista arequipeño BALLÓN LOZADA: “La historia es la ciencia de los hombres en el tiempo y el fenómeno histórico nunca puede ser explicado en su totalidad fuera del estudio de su momento”⁹⁴. Sin embargo, “la tradición, precioso vínculo del hombre con el acontecer de sus antepasados, suele ofrecer en materia jurídica afirmaciones aparentemente contundentes, pero cuyo mayor sustento no es otro que la antigüedad en la que fueron expresadas. Lamentablemente, son muchos los casos en los que el tiempo otorga falsas certezas al dato jurídico con las graves consecuencias que tal situación puede generar”⁹⁵. El Derecho una manifestación social, ninguna afirmación jurídica por más legendaria que ésta sea, estando sujeto a la transformación social e histórica no puede ser considerada definitiva.

⁹² Cfr. SAVIGNY, M.F.C. de. *Derecho romano actual*. 2ª ed. T. 1. Madrid, Centro Editorial de Góngora, s/f.

⁹³ Cfr. HERNANDEZ-GIL, Antonio. *Metodología del Derecho*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas), s/f. pp. 65-66.

⁹⁴ BALLÓN LOZADA, Héctor. *Historia del Derecho en Arequipa*. Arequipa, LPG, 2005, p.16.

⁹⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Op.cit*, p. 767.

7.4. EL COMMON LAW

Según Roscoe POUND⁹⁶ el *Common law*⁹⁷ tiene una triple caracterización: a) es ante todo, un *sistema de reglas jurídicas*, de doctrina y de principios; b) es una *tradición metódica*, una técnica de solución de conflictos y conclusiones extraídos de la experiencia judicial; y, c) es una especial *actitud del espíritu*: una actitud que prefiere no inferir de una proposición formulada “a priori” con carácter general, la solución de un problema presente. Una actitud derivada de la costumbre anglosajona de considerar las cosas y solucionar los problemas conforme se van presentando, en lugar de anticipar su solución mediante fórmulas abstractas⁹⁸. Es concepto generalizado que el *Common law* constituye un sistema de regulación jurídica creado a través de la actividad de los jueces y relativo a la esfera del *Derecho común* no comprendida en la legislación.

Los juristas del *Common law* no tienen frente a sí cuerpos codificados a los prestan una tal profesión de fe. La mayor parte de las normas que la conforman, por ejemplo, el Derecho norteamericano, están originadas, no en el acto deliberado de un legislador, sino en los fundamentos de las decisiones judiciales, en los precedentes. Al no tener oportunidad de subyugarse en códigos con pretensión de ser encarnación de la “razón”, los juristas de ese sistema han advertido, con mayor claridad que sus colegas dogmáticos (o sea los juristas del sistema continental europeo), que las normas jurídicas están lejos de tener las propiedades formales que se les suele asignar, ya sea que tales normas jurídicas están dictadas por el legislador, integrando un código o no, o se las infiera de los fundamentos de las decisiones judiciales.

⁹⁶ ROSCOE POUND (1870 – 1964) ha sido considerado el más grande jurista norteamericano. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, sus obras han tenido trascendencia internacional especialmente en las naciones de lengua inglesa, alcanzando también países europeos e hispanoamericanos. Su obra es muy fecunda, destacándose: “*La finalidad y el propósito de la jurisprudencia sociológica*”.

⁹⁷ En ausencia de una norma general creada por el legislador, los jueces del *common law* han observado la costumbre de fundamentar sus decisiones en los denominados precedentes, es decir, en aquellas sentencias que constituyen sentencias debidamente motivadas y reflexionadas sobre una cuestión de derecho suscitada en un litigio y que han sido dictadas en casos semejantes por otros jueces de superior o igual jerarquía dentro de la misma jurisdicción.

⁹⁸ POUND, Roscoe, citado por SMITH, Juan Carlos. *Op,cit*, p. 184.

7.5. LA FENOMENOLOGÍA JURÍDICA

Actualmente, cuando se hace referencia a la fenomenología se la entiende a la fenomenología de HUSSLERL. El método fenomenológico consiste en examinar todos los contenidos de conciencia, pero en lugar de dictaminar si tales contenidos son reales o irreales, ideales, imaginarios, etc., se procede a examinarlos en cuanto son puramente dados. Mediante la suspensión de la conciencia fenomenológica puede atenerse a lo dado en cuanto tal y describirlo en su pureza.

Las investigaciones de Edmund HUSSERL (1859 – 1937) y Adolfo REINARCH (1883 – 1917) aportaron nuevas bases de enfoque a la indagación ontológica del Derecho. En efecto, frente al jusnaturalismo, al logicismo normativo y al empirismo psicologista o sociologista, el análisis fenomenológico ha venido demostrando que el objeto del conocimiento científico del Derecho ni se circunscribe en la vivencia estimativa del comportamiento humano y sus objetivaciones, ni se agota en la estructura y función significativa de las normas, ni se confunde, en fin con los hechos sociales que le sirven de base⁹⁹. También Fritz SCHREIER lleva el análisis fenomenológico al campo jurídico estableciendo un enlace entre los métodos propuestos por HUSSERL y por KELSEN.

Según LATORRE, DEL RINCÓN y ARANA, entre las características más destacadas que aporta la investigación fenomenológica, cabe señalar:

- a) La primacía que otorga a la experiencia subjetiva de los sujetos como base del conocimiento.
- b) El estudio de los fenómenos desde la perspectiva de lo sujetos, teniendo en cuenta su marco referencial.
- c) El interés por conocer cómo las personas experimentan e interpretan el mundo social que construyen en interacción¹⁰⁰.

⁹⁹ Cfr. SMITH, Juan Carlos. *Op.cit.*240-246.

¹⁰⁰ LATORRE, A; DEL RINCÓN, D., y ARNAL, J. *Bases metodológicas de la investigación educativa*. Barcelona, GR92, 1996, p. 22.

7.6. ESCUELA EGOLÓGICA DEL DERECHO

Carlos COSSIO¹⁰¹ en su obra “*La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*” ha explicado los fundamentos generales de su teoría. La notoria influencia que ejerció entre sus adherentes, ha llegado a constituir una verdadera Escuela. En la citada obra hace una reflexión jusfilosófica desde cuatro puntos de vista: a) Como *Ontología Jurídica*¹⁰² en tanto se describe fenomenológicamente al Derecho como objeto de experiencia; b) Como *Lógica Jurídica Formal*, en tanto se continúan y complementan los desarrollos técnico-normativos de la Teoría Pura del Derecho; c) Como *Lógica Jurídica Trascendental*, en tanto se pretende demostrar y fundamentar la función gnoseológica de las normas jurídicas; y, d) Como *Axiología Jurídica Pura*, en tanto se enfoca el problema estimativo y se analizan los valores jurídicos.

Según la teoría Egológica la Ciencia Dogmática del Derecho no tiende al conocimiento de las normas jurídicas, sino al conocimiento de la conducta humana, en tanto libertad metafísica fenomenolizada, por medio de las citadas normas. Como método adecuado para este conocimiento propone el denominado *empírico-dialéctico*; que consiste en un tránsito racional entre el *sustrato* (elemento material del comportamiento humano) y su *sentido* espiritual. De esta manera, intentó fundar una Filosofía del Derecho Positivo distinta de la filosofía científica del positivismo. En consecuencia, la egología jurídica no considera a la Filosofía del Derecho como una síntesis de los resultados de las ciencias jurídicas, pues, entonces sería inútil su misión, porque redundaría en una repetición de lo que aquellas ya habían establecido

¹⁰¹ CARLOS COSSIO, nació en Argentina en 1903. Desempeñó la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de la Plata, y es una de las figuras más destacadas en el campo filosófico-jurídico en Latinoamérica. Entre sus escritos cabe destacar: “*La valorización jurídica y la Ciencia del Derecho*”, “*La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*”, “*La plenitud del ordenamiento jurídico*” y “*El Derecho en el Derecho Judicial*”.

¹⁰² La **ontología jurídica** es el estudio del ser en sí mismo, o sea el estudio de los seres en cuanto a la naturaleza del ser. Esto es, el estudio de por qué existen las cosas y por qué esas cosas se mueven. El principal problema de esta aproximación a la realidad está en la teoría del conocimiento. Aplicado al Derecho, el objeto de estudio de la ontología jurídica es precisamente el estudio del “ser jurídico” en la interrelación humana. ¿Qué es lo jurídico en una relación humana? Es la relación interhumana de justicia entre ambos, relación entre el individuo, estratos, estamentos, clases sociales o de pueblos.

sino que, por el contrario, entiende COSSIO por Filosofía del Derecho, la que es útil al jurista, explicándole como piensa jurídicamente.

7.7. EL MATERIALISMO HISTÓRICO O DIALÉCTICA MATERIALISTA

Karl MARX (1816 – 1883) y Federico ENGELS (1820 – 1895), dieron nacimiento a este enfoque epistemológico acerca de la ciencia, provocando la polarización de filósofos, científicos, políticos, juristas y economistas desde inicios del siglo XIX y gravitaron de modo sensible sobre el positivismo frente a las ciencias de lo humano cultural. MARX sostenía que ya se había pensado demasiado y que ahora había que modificar la realidad, no solamente estudiarla. En sus famosas *Tesis sobre Fuerbach*, expresa: “Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo” (Tesis X). Proclama entonces: “Los obreros no tienen nada que perder, como no sean sus cadenas. Tienen un mundo que ganar. ¡Trabajadores de todos los países uníos! Desde esa perspectiva su preocupación es la historia y su desarrollo a partir de cambios revolucionarios. Respecto al Estado y el Derecho, parte de la premisa, que su aparición y extinción, están determinadas por las fuerzas productivas de la sociedad y por las relaciones económicas imperantes en ella.

Desde el punto de vista filosófico y el materialismo dialéctico, materia es toda realidad objetiva que existe independiente de nuestra conciencia y es reflejada, copiada, fotocopiada a través de nuestras sensaciones y percepciones. La materia no puede existir sin movimiento. El movimiento es el modo de ser de la materia. La materia en movimiento existe en el espacio y en el tiempo. El espacio es un modo de existir de la materia, la materia en movimiento está o puede estar en un determinado punto, pero no en dos puntos a la vez. La materia existe en el tiempo, el tiempo es la sucesión entre una fase y otro del movimiento. El tiempo significa un pasado, un presente, un futuro. Espacio y tiempo están ligados indisolublemente. El método dialéctico

enfoca en forma dinámica los fenómenos y sus interrelaciones, estudia los hechos en su encadenamiento, su conexión interna en el conjunto, en la totalidad y no aisladamente.

En la dialéctica científica, se combinan orgánicamente las leyes del desarrollo tanto del *ser* como del *conocer*, dado que tales leyes, por su contenido son idénticas, y sólo se diferencian por su forma. De ahí que la dialéctica materialista sea no sólo una doctrina *ontológica*, sino además, *gnoseológica*. En el prefacio a *Crítica de la Economía Política*, Karl MARX, explica la tesis fundamental del método dialéctico materialista aplicado a la sociedad humana, al Derecho y a su historia: “En la producción social de su existencia –dice- los hombres entran en relaciones determinadas, necesarias, independientes de su voluntad, estas relaciones de producción corresponden a un determinado grado de desenvolvimiento de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base sobre la que se levanta una superestructura jurídica y política y a la que corresponden formas de conciencia social determinada. El modo de producción de la vida material condiciona al proceso de la vida social, política e intelectual en general. No es la conciencia de los hombres la que determina la realidad, sino al contrario, es la realidad social la que determina su conciencia. En una determinada fase de su desenvolvimiento, las fuerzas productivas de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes, o, lo que no es más que su expresión jurídica, con las relaciones de propiedad en el seno de las cuales se habían movido hasta entonces”¹⁰³.

En ese entender MARX y ENGELS, sostienen que ni el Estado ni el Derecho son elementos esenciales en la sociedad humana. Aparecen sólo cuando se dan determinadas condiciones económicas definidas, cuando los medios de producción están en poder de una clase minoritaria que usa de ellos

¹⁰³ MARX, Karl. *Crítica a la economía política*, en K. Marx y F. Engels. *Obras escogidas*. Moscú, Editorial Progreso, s/f., p.561.

para explotar a la clase mayoritaria. El Estado y el Derecho constituyen una maquinaria coactiva del que se vale la clase explotadora para mantener sojuzgada a la clase explotada. El Derecho y el Estado representan los intereses de esa minoría, y a través de ellos se transforma en clase económicamente dominante, en la clase políticamente dominante. El Derecho y el Estado son, por tanto, productos del conflicto de la lucha de clases antagónicas. Cuando desaparezcan las clases y los conflictos gradualmente se extinguirá el Estado y el Derecho.

7.8. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

HANS KELSEN, fundador de la Teoría Pura del Derecho, nació en Praga, en el año 1881. Su teoría consiste en dejar sentado ciertas nociones básicas y esenciales, sin las cuales no podría constituirse la Ciencia del Derecho. La Teoría Pura del Derecho es entendida como una teoría del conocimiento jurídico, una gnoseología jurídica, que posibilita la consideración científica del Derecho. Sostiene que el Derecho como conjunto de normas, pertenece al reino del *deber ser*, y la Ciencia del Derecho es, por consiguiente, una ciencia normativa cuya finalidad es provocar la conducta humana socialmente deseable. En este sentido el Derecho no es sino una específica técnica social por medio de la cual es posible obtener una conducta humana controlada.

Esta teoría sostiene que el postulado de su pureza metódica consiste en eliminar del conocimiento jurídico aquellas desviaciones ajenas a su naturaleza, diferenciando pulcramente la Ciencia del Derecho de la sociología y de la política, por cuanto el Derecho como ciencia normativa, es esencialmente una ciencia de contenidos, de finalidades. Su objetivo consiste en establecer cómo debe ser el Derecho, cuál debe ser su contenido.

De conformidad con lo expuesto, la Ciencia del Derecho ha quedado caracterizada de la siguiente manera:

Es una ciencia normativa cuyo objeto es el Derecho. Para ella no existe otros hechos naturales que aquellos con significación jurídica, esto es, aquellos incorporados a una norma como contenidos, y transformados, por consiguiente, en Derecho.

Es una ciencia del Derecho positivo, lo que excluye de su ámbito todo tipo de problemas que se refiera a órdenes ideales, los cuales nada tienen de jurídico.

Como consecuencia de las características mismas del Derecho, la Ciencia Jurídica es una ciencia formal cuya preocupación fundamental es el estudio de las formas posibles del Derecho y de las conexiones esenciales entre ellas.

En tanto estudio de las formas esenciales del Derecho, la Ciencia Jurídica es, finalmente, una ciencia lógica, y como tal, persigue estructurar su objeto en un sistema unitario libre de contradicciones.

La Teoría Pura del Derecho ha influido de una u otra manera en toda la producción jurídica contemporánea, de tal modo, que ningún investigador, jurista, o *iusfilósofo* puede prescindir de ella en sus investigaciones acerca de Derecho.

7.9. TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

Miguel REALE, en sus obras *“Teoría del Derecho y del Estado”*, *“Fundamentos del Derecho”*, *“Teoría estimativa del Derecho”*, *“Filosofía del Derecho”* y *“Teoría Tridimensional del Derecho”*, sostiene que todo ordenamiento jurídico presupone la vigencia de un orden objetivo de valores al que la propia actividad humana subordina a través de los fines éticos de la convivencia. De esta manera, la norma jurídica es el producto de una integración dinámica entre el hecho social y el valor. Por consiguiente, el Derecho no es sino una unidad

tridimensional integrada por tres elementos constitutivos: el hecho, el valor y la norma. Como tal, debe ser aprehendido por el jurista.

Con respecto a la investigación jurídica, según esta Teoría, tendría por objeto tres aspectos esenciales: a) la normatividad, se refiere al ordenamiento jurídico positivo; b) los hechos fácticos, referidos a los acontecimientos que dan lugar al nacimiento de las normas que regulan las conductas y relaciones sociales; y, c) la axiológica, que hace referencia a la valoración social que tienen las normas jurídicas (justas o injustas). Cualquiera de las investigaciones jurídicas abordará, como mínimo, uno de estos aspectos, pues, son esenciales en la formulación del Derecho como expresión del Estado.

7.10. TEORÍA DE LOS VALORES

Esta teoría sostiene la imposibilidad que la ciencia sea una actividad libre de valores. La ciencia como actividad social está impregnada de valores; valores e intereses a menudo confrontados. La filosofía jurídica contemporánea considera al Derecho como un fenómeno social, como tal, el Derecho aparece inmerso en una realidad específica: la *realidad humano-cultural*, que es un mundo de acciones y objetivaciones valiosas. La *axiología* o doctrina de los valores es, sin duda, la más nueva de esas disciplinas filosóficas. Surge y se difunde cuando el quehacer filosófico advierte que en una misma y única realidad pueden discernirse dos mundos, dos ámbitos cognoscibles de distinta manera: el mundo de la *naturaleza* y el mundo de la *cultura*.

En ese contexto, las obligaciones legales sólo pueden ser vinculantes si consagran deberes morales. El Derecho se superpone parcialmente a la ética. El Derecho no incluye la moralidad ni está incluido en ella, pero ambos se superponen parcialmente. Señala BUNGE, “además de compartir cierto terreno común, Derecho y la moral deberían interactuar vigorosamente y, por tanto, lo mismo tendrían que hacer sus respectivas filosofías. En los hechos ambos

campos siempre lo hicieron. En efecto, más de una ley se propuso o se derogó con argumentos morales, y algunos códigos morales se perfeccionaron a la luz de la jurisprudencia (...) esa interacción es benéfica, porque da al legislador la oportunidad de actuar como reformador moral”¹⁰⁴.

7.11. LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Augusto COMTE, también fundador de la Sociología, consideró el Derecho como el resultado del proceso social. EHRLICH, igualmente considerado uno de los fundadores de la Sociología del Derecho, distingue un “Derecho social” del “Derecho del Estado”. Esta corriente sostiene que el Derecho se da en la vida social del hombre y para ser tal –para existir como Derecho-, exige la organización real de la sociedad. La Sociología del Derecho investiga las relaciones entre el Derecho y la sociedad. GURVITCH, precisa el contenido y los alcances de esta disciplina, definiéndola como aquella parte de la sociología del espíritu humano que estudia la realidad plena del Derecho, empezando por sus expresiones tangibles y extensamente observables en las conductas colectivas efectivas (organizaciones cristalizadas, prácticas y tradiciones consuetudinarias, innovaciones de la conducta) y en la base material (la estructura espacial y la densidad demográfica de las instituciones jurídicas).

La Sociología del Derecho interpreta estas conductas y manifestaciones materiales del Derecho de acuerdo a los sentidos internos, en tanto los inspiran y penetran, son al mismo tiempo parcialmente transformados por ellos. Parte especialmente de los modelos jurídicos simbólicos y fijados de antemano, tales como el Derecho organizado, procedimientos y sanciones, hasta símbolos jurídicos propios, tales como reglas flexibles o el Derecho espontáneo. Desde los últimos sigue a los valores e ideas jurídicas que ellos expresan y finalmente a las ciencias colectivas e instituciones que inspiran esos valores y captan esas ideas; y que se manifiestan en espontáneos hechos normativos, fuentes de

¹⁰⁴ BUNGE, Mario. *Las ciencias sociales en discusión*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1999, p. 393.

validez; esto es, de positividad en todo Derecho¹⁰⁵. El Derecho como fenómeno social es necesario conocer en qué contexto histórico social la institución estudiada se originó, tuvo su auge, su crisis, su mutación o perfeccionamiento.

Cuando se investiga la experiencia jurídica como una manifestación de la experiencia social, esto es, “cuando al Derecho se le hace participar del entramado social, las instituciones jurídicas ya no pueden ser analizadas de una manera neutra, conceptual o abstracta, sino pasan a ser investigadas en el contexto de una realidad histórica determinada y en función de la eficacia que pueda tener una institución en ese momento histórico dado”¹⁰⁶. Ya no se trata de una idea impuesta como verdadera por el sólo hecho de haber sido estudiada, sino la realidad expresada como hecho social e histórico concreto. En resumen, la Sociología del Derecho se ocupa esencialmente de la dimensión social del Derecho, de las cuestiones relacionadas con la función social del Derecho y de forma general de las relaciones entre el Derecho y sociedad.

7.12. TEORÍA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

Los precursores de esta Teoría son: Ronald COASE, Guido CALABRESI, Douglas MELAMED, entre otros, conceptualizaron y dieron sentido práctico a lo que denominaron “costos de transacción”, concepto fundamental en el Análisis Económico del Derecho (AED) y que explican como funcionan los mercados, cómo funciona el Derecho con relación a los mercados, y cuándo la decisión legal puede solucionar un problema y cuando no.

¹⁰⁵ GURVITCH, Georges. *Sociología del Derecho*. Traducción de Ángela Romero Vera. Editorial Rosario, 1945, p. 68.

¹⁰⁶ MONROY GÁLVEZ, Juan. *La formación del proceso civil peruano*. 2ª ed. Lima, Palestra Editores, 2004, p. 944.

La característica fundamental del AED es cuantificar los costos de los procesos y la legislación e intenta optimizar los recursos del Estado y los particulares en la solución de conflictos de intereses y la incertidumbre jurídica. En el AED, se tiene que ver el costo beneficio de una norma, no sólo en sentido de oportunidad, sino también las repercusiones que en términos económicos pueda tener. Sin embargo, “esta consideración de los problemas prácticos y jurídicos en términos de estricta eficiencia pueden resultar extremadamente problemáticos porque pueden entrar en conflicto con la innegociable dignidad de las personas (como han insistido teorías de impronta kantiana como la de RAWLS o DWORKIN), pero parece incuestionable que el juez debe, en algún sentido, tener en cuenta las consecuencias que presentará su decisión a la hora de dar respuesta a una controversia”¹⁰⁷.

En el Perú, BULLARD GONZÁLES, ha desarrollado con especial cuidado esta Teoría. Explica que el AED es una metodología que “lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho (...) Lo que busca es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el Derecho está plagado de conductas, el AED puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de estas conductas”¹⁰⁸. Desde este punto de vista el Derecho es visto por la teoría económica como un bien de capital. No es un bien de consumo, sino uno de capital, como un martillo, como una máquina. La gente usa el Derecho como un instrumento para sus decisiones. En tal medida la gente usa la ley o la costumbre como ‘Fuente del Derecho’, es decir, como proveedor de normas socialmente vigentes, haciendo un análisis de costo-beneficio. Ese análisis puede ser explícito o ser implícito¹⁰⁹. Busca que el Derecho sea eficaz, eficiente y resuelva los conflictos en el menor tiempo y costo, dejando de lado si es posible las consideraciones valorativas.

¹⁰⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. *La argumentación en el Derecho*. 2ª. Ed. Lima, Palestra Editores, 2005, p. 189.

¹⁰⁸ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Derecho y Economía, el análisis económico de las instituciones legales*. Lima, Palestra Editores, 2003, p.37.

¹⁰⁹ GHERSI SILVA, Enrique. *El carácter competitivo de las fuentes del derecho*. ADVOCATUS, Nueva Época N° 8. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, p. 269.

7.13. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA (TAJ)

A partir de los años 50 del siglo pasado, tiene creciente desarrollo la Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ) de tal manera que resulta común hoy en día referirse a esta Teoría en el ambiente jurídico. Entre sus precursores tenemos a Theodor VIEHWEG, Chaïm PERELMAN y Stephen TOULMIN, y más adelante a Neil MACCORMICK (UK), Ronal DWORKIN, Robert SUMMERS (USA), Alexander PECZENICK y Luis AARNIO (Finlandia), Robert ALEXY (Alemania), Jerzy WRÓBLEWSKY (Polonia), Manuel ATIENZA (España), Luis Manuel SÁNCHEZ FERNÁNDEZ (Perú), entre otros. El auge que en los últimos tiempos ha tenido la Teoría de la Argumentación no es simplemente un fenómeno de moda, sino que está vinculado a la crisis del paradigma formalista de la cultura jurídica eminentemente *normativista y positivista* que domina todo fenómeno jurídico, particularmente por la evolución del constitucionalismo contemporáneo.

Respecto a conceptualizar el significado de la Teoría de la Argumentación Jurídica, debemos empezar señalando que, ella describe la práctica del Derecho y representa un metalenguaje, cuyo objeto es la argumentación de los juristas quienes disponen de sus propios instrumentos, categorías y presupuestos, diferenciados los unos de los otros. “El término *argumentación* hace referencia a la acción y el efecto de argumentar (...) Argumentar significa dar razones que justifiquen un determinado enunciado”¹¹⁰ recurriendo en algunos casos al simple razonamiento legal¹¹¹. El hecho de que la Teoría de la Argumentación Jurídica sea –comparativamente hablando a otros enfoques epistemológicos- reciente, no puede afirmarse que goce de consenso acabado en el ambiente jurídico, por ello, en la tradición anglosajona

¹¹⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. *Op.cit.*, p. 55.

¹¹¹ Según Alexander PECZENICK, el razonamiento legal es una cadena de argumentos consistentes de afirmaciones teóricas y prácticas; entre otros de los siguientes componentes: 1. Afirmaciones teóricas acerca del sentido literal de las normas socialmente establecidas: a) contenidas en fuentes del Derecho como leyes, precedentes, etc., y b) incorporadas en la tradición del razonamiento legal; 2) Valores morales y afirmaciones normativas asumidas por las personas que performa el razonamiento, afirmando la manera precisa cuál es la interpretación correcta y cómo debe interpretarse las normas.

se habla más del *razonamiento legal* (*Legal reasoning*), para referirse a la actividad que se realiza en las cortes, en tanto que en la tradición europea continental se habla preferentemente de la *interpretación jurídica*.

En cualquiera de los casos, materias y ámbitos, los juristas sobre todo *argumentan*. “Postulan pretensiones, buscan razones de apoyo, critican las razones de otros actores del proceso, acuñan principios e interpretan los textos de acuerdo con lo que quieren defender; finalmente *persuaden* de lo que les interesa conseguir¹¹². También, argumentar consiste en justificar, fundamentar, basar enunciados normativos, juicios prácticos. Se trata de decir por qué *debemos* (o no) comportarnos de cierto modo. Significa exponer premisas, *normativistas* o no, de una inferencia práctica, es decir, un razonamiento cuya conclusión es una norma¹¹³. O según RIEKE y SILLARS: “es un proceso comunicativo dirigido a proponer, apoyar, criticar y modificar pretensiones con el fin de lograr adherencias, a favor o en contra, de parte de los decidores”¹¹⁴.

Según AGUILÓ REGLA, la argumentación “no es simplemente exponer nuestras opiniones, nuestras creencias teóricas o prácticas, sino más bien fundar nuestras creencias y opiniones, dar razones a favor de éstas”¹¹⁵. Nos dice ATIENZA: “nadie duda de que la práctica del Derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un *buen jurista* tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad”¹¹⁶ y tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, sugiere que el punto de vista de la argumentación, no consiste tanto en “describir” y “aplicar” el Derecho, sino en

¹¹² SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Argumentación Jurídica*. Lima, Juristas Editores, 2004, p. 24.

¹¹³ *Ibid*, p. 55.

¹¹⁴ RIEKE, R.D. y M.O. SILLARS, citado por SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel. *Argumentación Jurídica*. Lima, Juristas Editores, 2004, p. 23.

¹¹⁵ AGUILÓ REGLA, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima, Palestra Editores, 2004, p. 164.

¹¹⁶ ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho; teorías de la argumentación jurídica*. Lima, Palestra Editores, 2004, p. 27.

proporcionar razones, -y por supuesto, las mejores razones, no únicamente descriptivas- para la solución de conflictos sociales¹¹⁷. En ese sentido, la argumentación puede ser considerada como la actividad definitoria de la metodología jurídica y del razonamiento jurídico, aunque esta posición no es todavía del todo aceptada convincentemente.

En la argumentación se distingue -según AGUILÓ- dos grandes dimensiones:

a) La **argumentación individual**, que tiene que ver con la indagación, la búsqueda, el establecimiento de fundamentos (las razones, las premisas) de nuestras creencias y opiniones. Supone, el paso de las instituciones (antes del esclarecimiento de las razones) a las conclusiones (después del esclarecimiento de las razones) o de la hipótesis de la tesis. Lo importante en este caso, es darse cuenta de que argumentar no es un proceso orientado a establecer nuestras opiniones o creencias, sino a determinar su fundamentación. En este sentido, la argumentación está vinculada a la racionalidad;

b) La **argumentación social** consiste en defender nuestras creencias y opiniones frente a los demás. En esta dimensión social hay momentos en que predomina una actitud crítica y donde la finalidad del proceso argumentativo es centralmente la evaluación de los fundamentos de las creencias en juego, y hay momento en que predomina la confrontación y, por tanto, también la pretensión de vencer frente a la evaluación de los fundamentos de la creencia¹¹⁸.

¹¹⁷ SÁNCHEZ FERNANDEZ, Luis Manuel. *Op.cit.*, p. 24.

¹¹⁸ AGUILÓ REGLA, Josep. *Op.cit.*, p. 165..

Con respecto al ámbito de la argumentación jurídica -señala Manuel ATIENZA- se da en tres distintos campos: a) la *producción o establecimiento* de normas jurídica, aquellas que se dan en la fase prelegislativa y la legislativa propiamente dicha; b) el de *aplicación* de normas jurídicas a la resolución de casos, sean aquellas que llevan a cabo los jueces o los órganos administrativos; y, c) el de la *dogmática jurídica*, considerada la más compleja, en tanto hay que distinguir tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del Derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del Derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico¹¹⁹. La racionalidad en la aplicación del Derecho depende de la racionalidad en la legislación; que la argumentación del juez, de las partes en el proceso o de los dogmáticos, no es independiente de la que tiene lugar en el parlamento o en los órganos administrativos que producen normas jurídicas válidas¹²⁰. Estos tres ámbitos ciertamente definidos interactúan. Mientras los órganos aplicadores, por ejemplo, los operadores de la administración de justicia, tienen que resolver casos concretos; la dogmática jurídica se ocupa de casos abstractos, son más teorizantes. De otro lado, el práctico necesita de criterios suministrados por la dogmática jurídica, al menos, cuando se enfrenta a casos difíciles, al tiempo que la dogmática jurídica se apoya también en casos y conceptos concretos que ayudan a configurar la dogmática y estructura jurídica.

Las funciones de la Teoría de la Argumentación Jurídica conforme refiere ATIENZA, debería cumplir básicamente tres: la primera es de carácter teórico o cognoscitivo; la segunda, tiene una naturaleza práctica o técnica; y, la tercera podría calificarse como política o moral¹²¹. Reseña también ALEXY, el Derecho debe ser contemplado como un sistema de procedimientos argumentativos y no meramente como un conjunto estático de normas. El Derecho debe ser estudiado desde su lado activo y no sólo desde su lado pasivo.

¹¹⁹ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Op.cit*, pp. 28-29.

¹²⁰ *Ibid*, p. 306.

¹²¹ *Ibid*, p.321.

LA CIENCIA Y EL MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

8.1. NOCIONES DEL MÉTODO CIENTÍFICO

Hay contundencia en afirmar: *sin método no hay ciencia*. El método forma parte indisoluble de la investigación científica. Lo remarca Mario BUNGE: “El Método es un rasgo característico de la ciencia, tanto de la pura como de la aplicada. Donde no hay método científico no hay ciencia”¹²². Agrega: “La investigación científica es metódica: no es errática sino planeada. Los investigadores no planean en la oscuridad. Saben lo que buscan y cómo encontrarlo”¹²³. El conocimiento vulgar, puede ser verdadero, pero es casual, fortuito sin conexión con los demás conocimientos, carece de seguridad sobre lo que se afirma.

Contrariamente, el conocimiento científico, es el resultado rigurosamente verificado, se tiene certeza de la verdad o es cercana a ella. “No se trata de inventar la verdad, sino simplemente de encontrarla y de exponerla a la comprensión de los científicos y de los estudiosos”¹²⁴. Es importante por cuanto el “método es la vía, el modo, el procedimiento empleado, para resolver con cierto orden una determinada tarea de índole teórica, práctica, cognoscitiva, pedagógica, etc.”¹²⁵. No significa que los métodos del conocimiento científico puedan identificarse con la propia realidad material: los fenómenos materiales son objetivos, existen fuera del hombre e independientemente de él, en tanto que los métodos del conocimiento no existen en la naturaleza, es el resultado de la actividad cultural del hombre basada en el estudio de la realidad, caso del Derecho.

¹²² BUNGE, Mario. *La investigación científica; su estrategia y su filosofía*. 4ª ed. Barcelona, Editorial Ariel, 1997, p. 29.

¹²³ BUNGE, Mario. *La ciencia, su método y su filosofía*. Lima, Editorial Lima, 1995, p.32.

¹²⁴ SALAZAR ROMERO, Carlos. *Estructura de la tesis universitaria*. Lima, Ediciones Peruanas, 1963, p. 11. El libro es un pequeño manual sobre el procedimiento de hacer una tesis. Constituye uno de los primeros trabajos que explican metódicamente sobre los principios y técnicas para la elaboración de la tesis universitaria.

¹²⁵ ANDRÉIEV, I. *Op.cit.* p.302.

Es común afirmar que cada científico elabora sus propios métodos y procedimientos de investigación. El método supone la identificación propiamente dicho del método específico a aplicarse a la materia y problema planteado por el investigador. Cada investigador elige lo que tomará como relevante según qué sea lo que se propone estudiar, evitando las generalidades. Los diferentes grupos de ciencias tienen diferentes maneras de proceder en sus investigaciones a partir del método empleado. El método experimental, empleado en química o la biología es inaplicable en la investigación histórica, pues, no puede haber experimentos con el pasado. En la investigación científica, no puede haber ni hay patrones y reglas metodológicas universales y absolutas. Todo proceso investigativo en busca de la verdad se distingue por determinada peculiaridad que depende del objeto de conocimiento y las condiciones en que se efectúa la investigación. Además de la especificidad, existen tanto la metodología general del conocimiento científico como determinados procedimientos de organización y metodológicos de estas investigaciones.

El método constituye un requisito de primer orden. Equivale a decir que un fenómeno jurídico en cuestión debe fundamentarse e interpretarse a luz de determinado método. Cada ciencia e investigador desarrollan su cuerpo teórico y métodos específicos, porque le señala el camino a seguir en el estudio de los objetos, sin obviar los presupuestos comunes de toda investigación científica. Se afirman que en ciencia, “no podemos hablar en sentido estricto de una metodología del pensamiento científico como algo explícito (...) no obstante podemos aseverar que no hay ni puede haber ciencia sin método científico, y que ambos (ciencia y método científico, o, pensamiento científico y método científico) van unidos indisolublemente”¹²⁶. Al científico no se le impone los métodos a utilizar, éste debe tener la capacidad de formularlas de acuerdo a

¹²⁶ Instituto de Filosofía, Academia de Ciencias de la URSS; Departamento de Filosofía, Academia de Ciencias de Cuba. *Op.cit*, p. 13.

las condiciones particulares del sujeto cognoscente y el objeto materia de investigación.

La esencia de la metodología es la ciencia del método. “Método, en general, es el modo de decir o hacer con *orden* una cosa”¹²⁷. Cada ciencia tiene su propia sustancia y su propio método. La sustancia es su contenido, se enriquece continuamente, debido a la ampliación del conocimiento, el cual se origina en nuevas observaciones, descubrimientos y experiencias alcanzados tanto por el ejercicio reflexivo de la inteligencia, como por el empleo de nuevos métodos que el intelecto crea. A medida que la sustancia o materia de una ciencia aumenta, se hace necesario el empleo, la utilización de nuevos métodos que la perfeccionen y enriquezcan. Se da así en toda ciencia una relación íntima entre su contenido y su método o procedimiento de manejar ese contenido, mejorarlo y enriquecerlo”¹²⁸.

Sin embargo, es necesario advertir que el método científico “no provee recetas infalibles para encontrar la verdad: sólo contiene un conjunto de prescripciones falibles (perfectibles) para el planeamiento de observaciones y experimentos, para la interpretación de sus resultados y para el planteo mismo de los problemas. Es, en suma, la manera en que la ciencia inquiere en lo desconocido (...) La ciencia es, pues, esclava de sus propios métodos y técnicas mientras éstos tienen éxito, pero es libre de multiplicar y de modificar en todo momento sus reglas, en aras de mayor racionalidad y objetividad”¹²⁹. El científico no debe dejarse absorber por determinados procedimientos metodológicos o esquemas impuestos muchas veces arbitrariamente, porque es posible que muchos de esos métodos no se adapten a la naturaleza de la investigación. El científico siempre tiene que estar a la búsqueda de nuevos instrumentos (técnicas y métodos) para lograr su objetivo.

¹²⁷ BARAHONA, Abel y Francisco BARAHONA. *Metodología del trabajo científico*. Bogotá, IPLER, 1984, p. 3.

¹²⁸ DE LA TORRE VILLAR, Ernesto y Ramiro NAVARRO DE ANDA. *Metodología de la investigación*. México, McGraw-Hill, 1990, pp.1-2.

¹²⁹ Cfr. BUNGE, Mario. *La ciencia, su método y su filosofía*. *Op.cit*, p. 34.

8.2. EL MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

El método en la investigación jurídica se concibe como una estrategia de trabajo. Los procedimientos metodológicos de carácter científico se aplican a la solución de cuestiones esenciales acerca de los objetos o hechos significativos de trascendencia jurídica. Con el método se trata de resolver problemas, encontrar respuestas a interrogantes irresueltas, estudiar relaciones entre los factores y acontecimientos sociales, políticos, culturales y económicos que tengan relación con el Derecho. Señala DILTHEY, el éxito de una disciplina científica cualquiera, depende de la adopción de métodos adecuados a sus específicos objetos¹³⁰. “Tanto en la especulación teórica como en la aplicación práctica, los científicos, desde los balbuceos de la ciencia, han utilizado procedimientos o métodos (...) Cada ciencia tiene su propia sustancia y su propio método”¹³¹.

Como tal, el método para el Derecho constituye el *conjunto de procedimientos*, un plan integral y relativo de pensamiento y acción: un encadenamiento lógico y/o racional, sistemáticamente ordenado, estructurado y completo, de *pasos*, actividades o acciones, relativa, específica y contextualmente relacionadas y graduadas, que orientan a conseguir algo, a acrecentar las posibilidades de alcanzar o lograr un fin, objetivo o meta¹³². Se basa en la práctica del proceso lógico, del raciocinio y razonamiento, de la inducción o deducción lógica para lograr la adquisición, organización, sistematización y expresión o exposición de conocimientos, tanto en su aspecto teórico como en su verificación. En Derecho, en la obtención del conocimiento y adquiera la categoría de ciencia, tiene que seguirse también un

¹³⁰ DILTHEY, citado por Marco Gerardo MONROY CABRA, en: *Introducción al Derecho*. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1998, p. 21.

¹³¹ DE LA TORRE VILLAR, Ernesto y Ramiro NAVARRO DE ANDA. *Metodología de la investigación*. México, McGraw-Hill, 1990, p. 1.

¹³² Igualmente el método científico junto con el método tecnológico (no el técnico), relacionados e integrados en secuencias operativas interdisciplinarias y enriquecidas (metanoicas), interactivas, retroalimentadoras, sistémicas y sistemáticas; junto con la adquisición y contemporización constante de competencias, se definen en la era de la axialidad del saber C.&T. No sólo como el “instrumento maestro” para el desarrollo de conocimientos y competencias, sino también como el “camino” o método más lógico y racional aplicable a objetivos y metas humanas, sociales, económicas y culturales, como por ejemplo: desarrollo integral, modernización, excelencia, etc. En: Asamblea Nacional de Rectores, *Hacia un lexicon universitario*. Lima, 2000.

procedimiento riguroso, respetando el orden y razonamiento lógico, aplicando la interpretación y la argumentación para demostrar la convicción y el valor de los enunciados, en procura de entender, explicar, predecir y controlar fenómenos jurídicos.

La Ciencia Jurídica, ha sido concebida de acuerdo con epistemologías y metodologías muy diversas: empírica, lógico-formal o hermenéutica¹³³. En el primer caso, es científica las teorías cuyas proposiciones se refieren a entidades observables y susceptibles de verificación empírica: caso del incremento o disminución de la delincuencia común; la preponderancia de la propiedad privada sobre la comunal en el medio rural; la violencia familiar entre cónyuges; el contrabando en la frontera con Chile y Bolivia, etc., es decir, la investigación es empírica si toma como objeto de estudio ciertos datos que pueden ser observados mediante los sentidos (aunque, naturalmente, los sentidos no dejarán ahí de ser guiados por ideas) en nuestras experiencias con el mundo exterior. En el segundo caso, son científicas las teorías que adopta un lenguaje formalizado y cuyas proposiciones están articuladas en un sistema axiomatizado¹³⁴, es decir, cuando ella examina ciertas estructuras lógicas formales, por ejemplo, la fundamentación de la coherencia y jerarquía normativa del ordenamiento jurídico nacional. En el tercer caso, es científica la teoría que da cuenta en la forma más adecuada posible del discurso que efectivamente realizan los distintos actores del fenómeno jurídico¹³⁵. La manera de enfocar la investigación jurídica es muy variada de acuerdo a los distintos

¹³³ En su sentido más propio, **hermenéutica**, significa simplemente la *interpretación* de signos, especialmente la de formulaciones verbales, sobre todo la de textos escritos. No se trata de la técnica del pensar correcto, sino de comprender más profundamente al hombre en su pensamiento, penetrando así la necesidad existencial de su comprender. Expresa HABA, "A nosotros, lo de las aproximaciones de tipo *hermenéutico* nos interesa sobre todo en relación con la cuestión de las interpretaciones jurídicas, realizadas por la doctrina, los jueces, los abogados, etc. Tales fenómenos de comunicación pueden ser vistos desde distintos planos".

¹³⁴ **Axioma** (griego *axioma*: proposición admitida). **Tesis** (proposición que en la estructuración de una teoría científica se toma como inicial e indemostrable en la teoría dada, de ella (o de un conjunto de proposiciones del mismo carácter) se infieren todas las demás proposiciones de la teoría aplicando reglas de deducción fijadas de de antemano. En: ROSENTAL, M.M. *Diccionario Filosófico*. Buenos Aires, Editorial Pueblos Unidos, 1990, p. 50.

¹³⁵ HABA, Enrique Pedro. *Op. cit.*, p. 178.

modelos epistemológicos en que se inspira, tanto los investigadores como el tema a tratar¹³⁶.

En específico, el Derecho crea sus propios métodos, en consideración al problema o el tema a estudiar. No existen monopolios en cuanto al procedimiento metodológico, apenas orientaciones. “La naturaleza del método ha de venir determinada por la naturaleza del objeto a considerar. En cuanto el Derecho acota una zona específica de la realidad y cumple función propia, reclama un método propio. De aquí que métodos válidos para otras disciplinas no lo sean para la nuestra”¹³⁷. Dependerá según la rama del Derecho: Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Civil, Derecho Procesal Civil, Derecho Comercial, Filosofía del Derecho, Deontología Jurídica, Antropología Jurídica, etc. El Derecho es quizás una de las ramas del conocimiento científico de los más complejos, pues, sus enfoques obedecen a imperativos históricos, sociológicos, éticos, ideológicos, psicológicos, filosóficos, etc.

¹³⁶ Las **tres orientaciones** que propone Enrique Pedro HABA, son: a) El tipo empírico: si toma como objeto de estudio ciertos datos que pueden ser observados mediante los sentidos (aunque, naturalmente, los sentidos no dejarán ahí de ser guiados por ideas) en nuestra experiencia de contacto con el mundo exterior, tanto el de la naturaleza como el social. Los enunciados de esas ciencias hablan fundamentalmente de datos de esa clase, los cuales, por serlo, están al alcance de verificaciones en dicho plano, el empírico. Es el caso, por ejemplo, de la sociología del derecho, la psicología judicial, etc; pues estas disciplinas, a diferencia de la dogmática, no se ocupan fundamentalmente de lo que dicen los textos del Derecho o los juristas al desempeñar su labor de tales, sino que ellas examinan sobre todo unas conductas materiales que se dan (o no) en relación específicamente con dichos discursos. b) La Ciencia Jurídica es de tipo lógico-formal, porque no se ocupa de conductas sino del discurso técnico-jurídico mismo. Pero de este, ella examina solo ciertas estructuras lógico-formales que a él le subyacen sea posible o necesariamente. Tales estudios se sirven del lenguaje técnico (formalizado) de la lógica formal, su especial nomenclatura y fórmulas. Tratan de obtener así un sistema completamente riguroso (axiomatizado) que –según se supone- está o se podría lograr que llegue a estar; en la base del razonamiento con normas jurídicas que los locutores profesionales de este deberían respetar estrictamente. C) Finalmente, un tipo de ciencia del Derecho que se refiere **esencialmente** a discursos, pero sin limitarse sólo a lo técnico-jurídico ni considerando a estos meramente de la manera como son presentados por la dogmática, es la clase de orientaciones que han sido llamadas *hermenéuticas*. Se distinguen por poner sobre todo el acento en tratar al Derecho como un fenómeno que pertenece esencialmente al plano de la comunicación lingüística. El principal énfasis de esos estudios se dirige a explicar cuestiones concernientes a las formas de comprender –interpretaciones- los discursos en que consiste, como interrelación comunicativa, la actividad jurídica (...) Se trata en definitiva, de aproximaciones destinadas a desentrañar cuestiones de “sentido”. En: *Op. cit.*, pp. 174-175.

¹³⁷ HERNÁNDEZ GIL, citado por Mario ALZAMORA VALDEZ, *Op.cit.*, pp. 46-47.

*“Hombres y mujeres de ciencia,
nuestros coetáneos se dirigen cada vez
más a vosotros. Esperan de vosotros y
vuestras investigaciones una mayor
protección del hombre y de la naturaleza,
la transformación de las propias
condiciones de vida, el mejoramiento
de la sociedad, la construcción y
salvaguarda de la paz”.*

Juan PABLO II

CAPÍTULO II

LO CUALITATIVO Y CUANTITATIVO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN ESCUELAS DE POSTGRADO

APRECIACIONES GENÉRICAS DEL PROBLEMA

En el desarrollo de la investigación jurídica en las Escuelas de Postgrado del sur del país -como gran parte del país- existe un problema, desde mi óptica capital: la no precisión si el tema de investigación tiene un enfoque cualitativo, cuantitativo o mixto. Igualmente sucede con la indeterminación de la orientación epistemológica, del método, la tipología, las fuentes, técnicas e instrumentos de investigación. Para iniciar nuestro planteamiento metodológico en el desarrollo del Capítulo, sostenemos que la investigación jurídica, se sujeta fundamentalmente al enfoque cualitativo, por la simple razón de que uno de los fines esenciales del Derecho es la justicia y, la justicia, es un valor cualitativo. Sin embargo se ha verificado que tanto el enfoque cualitativo y cuantitativo se aplica indistintamente a la investigación jurídica.

Las tendencias son bien marcadas al respecto. Hay Escuelas de Postgrado que imponen *manu militare* el enfoque cuantitativo bajo una orientación descriptiva-funcional y desdeñan el cualitativo. Tan es así que condicionan rígidamente la aplicación de dicho enfoque, negándose a aprobar los proyectos, la tesis misma desde luego. Esta tendencia que se ampara en la metodología “científica y social” expresión de la incomprensión académica, RAMOS NÚÑEZ, la denomina “*talibanismo metodológico*”¹³⁸. No se compatibiliza los enfoques –cualitativo y cuantitativo- en consideración a la naturaleza del tema de la investigación jurídica. El respectivo enfoque en la investigación dependerá hasta cierto punto de las preferencias personales y la filosofía del investigador, principalmente del tema materia de investigación.

Existen quienes afirman que, si en una tesis en Derecho no hay “trabajo de campo”, universo, muestras, unidades de investigación, gráficos y cuadros estadísticos, fórmulas, hipótesis y sub hipótesis verificados y contrastados, variables e indicadores matemáticamente correlativos, matriz de consistencia, etc., no serían propiamente investigaciones jurídicas de rigor “científico”. Esta orientación trastoca la esencia del Derecho como objeto y como fin. La mayor parte de tesis desarrolladas bajo esta orientación son esencialmente descriptivas de hechos empíricos particularmente intrascendentes. Una tesis de investigación jurídica racionaliza la experiencia y no se limita simplemente a

¹³⁸ Cfr. RAMOS NÚÑEZ, Carlos, en el Prefacio a la tercera edición del libro: *Cómo hacer la tesis en derecho y no envejecer en el intento*, hace crítica a la autoproclamada “metodología de la investigación científica y social” (sic). Manifiesta: “los efectos perniciosos que provoca el desarrollo de la ciencia jurídica peruana la autoproclamada ‘metodología de la investigación científica y social’. Pocas veces ha emergido un movimiento tan intolerante como sectario al punto que podríamos considerarlo como una suerte de talibanismo aplicado al Derecho. Dicha escuela inspirado de un lado en el positivismo empirista *compteano* de mediados del ochocientos (conforme al cual no hay ciencia sin experimentación y sin una correspondiente comprobación, como ocurre en las ciencias naturales como la química y la física), y del otro en el marxismo dogmatizante de los años sesenta (que hacía artículo de fe del materialismo histórico y dialéctico supuestamente científicos) soslaya la naturaleza argumentativa, teórica, histórica y filosófica del fenómeno jurídico y elevan artificiosamente al Derecho a la categoría de una “ciencia social”, desdeñando sus imprescriptibles perfiles artísticos y técnicos”. Agrega: el método científico para el estudio de la sociedad ha sido descalificado lúcidamente por pensadores como Kart POPPER en su clásico libro *La sociedad abierta a sus enemigos*, y por Thomas S. KUHN en *La estructura de las revoluciones científicas*. Los cuestionamientos han continuado por parte del epistemólogo Imre LAKATOS y, de modo encarnizado, por Paul FEREBEND en dos libros que debieran entregarse como lectura obligatoria a la secta: *Adios a la razón* y *Tratado contra el método*. Con mayor razón Manuel ATIENZA en un manual sencillo, *Introducción al Derecho*, ha ridiculizado su extensión al campo del Derecho.

describirla. Se sobredimensiona la casuística y no hay aportes en la construcción teórica, filosófica, axiológica, hermenéutica, menos epistemológica.

Resulta conveniente, por lo tanto, definir las orientaciones en la investigación jurídica a fin de no seguir cometiendo yerros, motivados fundamentalmente por la incomprensión de la esencia, naturaleza y características propias del Derecho como objeto de investigación. El objeto no es antagonizar – lo cualitativo y cuantitativo- por el contrario, la compulsa es más bien metodológica, pues, ambos son lícitos en la aplicación a la investigación jurídica, aunque uno de ellos es preponderante por las particularidades propias del mundo jurídico como veremos más adelante.

EL ENFOQUE CUANTITATIVO Y LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Tanto el enfoque cuantitativo¹³⁹ como el cualitativo son aplicables en la investigación jurídica. La diferencia se expresa en cuanto al procedimiento, instrumentos, herramientas y técnicas. “El *enfoque cuantitativo*, utiliza la recolección y el análisis de datos para contestar preguntas de investigación y probar hipótesis establecidas previamente, y confía en la medición numérica¹⁴⁰, el conteo y frecuentemente en el uso de la estadística para establecer con exactitud patrones de comportamiento en una población”¹⁴¹. Sus

¹³⁹ La **investigación cuantitativa** es también conocida como investigación experimental, pues, surge en el seno del positivismo y las ciencias naturales, apoyándose en el método hipotético-deductivo. En tal sentido según este enfoque epistemológico, a la ciencia sólo le importa saber cómo se comprueba las hipótesis propuestas en la investigación, desprovistas de todo prejuicio valorativo. Ponen especial interés al estudio de la realidad como fruto de la causalidad; predicen lo que resultará de la investigación; privilegia la recolección de datos medibles y repetibles y en sus resultados se apoyan en la estadística y en la selección de muestras significativas para generalizar sus conclusiones. La selección de la muestra es relevante para generalizar los resultados, de ahí que los casos particulares (individuales) sino presentan una población no tienen interés.

¹⁴⁰ **Medir** significa asignar números, símbolos o valores a las propiedades de los objetos, hechos o fenómenos jurídicos de acuerdo con las reglas establecidas en el diseño o protocolo de investigación. **Medición** es el proceso vincular de conceptos abstractos con indicadores empíricos, el cual se realiza mediante un plan explícito y organizado para clasificar y con frecuencia cuantificar los datos disponibles. Un instrumentos de medición debe cumplir tres requisitos: confiabilidad, validez y objetividad.

¹⁴¹ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ SEGADO, Carlos y Pilar BAPTISTA LUCIO. *Metodología de la Investigación*. 3ª edición. México, McGraw-Hill, 2003, p. 5.

planteamientos son precisos y delimitados, estructurados cabalísticamente en variables e indicadores. Se ampara en la recolección sistemática de información numérica, frecuentemente con estricto control, analizando la información mediante procedimientos estadísticos. La medición consiste en asignar numerales y otros símbolos a las propiedades empíricas (objetos, fenómenos o casos) conforme a reglas preestablecidas, orientadas a probar teorías, hipótesis y/o explicaciones y evaluar efectos causales de unas variables sobre otras. El enfoque cuantitativo va estrechamente relacionado a la tipología descriptiva de investigación y al funcionalismo jurídico.

VELÁZQUEZ y REY, definen al enfoque cuantitativo, como la investigación que “supone la obtención de datos apoyados en escalas numéricas, lo cual permite un tratamiento estadístico de diferentes niveles de cuantificación. La mayoría de textos metodológicos enfocan fundamentalmente las particularidades este tipo de estudio, incluso no son pocos los autores que la madurez de una disciplina científica es directamente proporcional al nivel que han logrado desarrollar, en cuanto a la cuantificación de sus datos”¹⁴². Es cierto que no en todos los casos es posible y necesario un alto nivel de cuantificación, pero también es cierto que es difícil llegar a conclusiones de determinado nivel de generalidad, sino se utiliza, al menos, el cálculo de la frecuencia. No debemos olvidar que cantidad y calidad no son más que aspectos complementarios de un mismo hecho¹⁴³. Un fenómeno cualquiera es unidad de cantidad y calidad. Los cambios cuantitativos producen nuevas cualidades y viceversa. Esto se puede apreciar también en el Derecho.

La investigación cuantitativa, de otro lado, llega a la matematización de los métodos utilizados, recurriendo usualmente a la estadística y el cálculo de probabilidades. Con respecto a lo primero se ocupan de las técnicas y procesos estadísticos con la finalidad de probar la hipótesis y su respectiva

¹⁴² VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, Ángel R., y Nérida G. REY CÓRDOVA. *Metodología de la investigación científica*. Lima, Editorial San Marcos, 1999, p. 50.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 51.

significación cuantitativa. Con respecto a lo segundo, se refiere al conjunto de las reglas que permiten calcular las probabilidades que existen para que ocurra un fenómeno, condición que representa con frecuencia durante el proceso de investigación.

Entre las características fundamentales del enfoque cuantitativo destacan:

- a) Se concentra en un problema de estudio delimitado y predeterminado en: espacio, tiempo, universo, muestras, unidades de investigación, número de conceptos, datos, objetos, fenómenos y hechos jurídicos a través de un riguroso proceso operacional.
- b) En la mayoría de los casos parten de hipótesis o supuestos preconcebidos, sometiéndolos a prueba (contrastación y verificación) mediante el empleo de los diseños de investigación apropiados a las ciencias de la naturaleza. Con tal finalidad elaboran y utilizan instrumentos altamente estructurados para la obtención de los datos que permitan darle confiabilidad, validez y objetividad a la investigación. Esta característica resulta excepcional en la investigación jurídica.
- c) Tienen un importante apoyo en los procedimientos estadísticos en el tratamiento de la información. Dicho de otra manera, las mediciones se transforman en valores numéricos, en datos cuantificables que se analizarán por medio de la estadística.
- d) Establecen una clara distinción sujeto y objeto de la investigación. Además la investigación cuantitativa debe ser lo más “objetiva” posible despejándose de toda apreciación valorativa de los fenómenos o hechos jurídicos analizados. La investigación cuantitativa externaliza de toda apreciación subjetiva del investigador. La búsqueda de la verdad ocurre en la realidad externa del individuo. El investigador, tiene que establecer la

realidad objetiva de los hechos y fenómenos jurídicos al margen de las apreciaciones subjetivas.

- e) Los resultados hallados o descubiertos en la muestra investigada debe generalizarse a un universo de mayor envergadura lo que en la realidad no siempre resulta compatible cuando se investiga hechos y fenómenos sociales.
- f) Regularmente el enfoque cuantitativo utiliza la lógica o razonamiento deductivo, que comienza con la teoría y de ésta se derivan expresiones lógicas denominadas hipótesis que el investigador busca someter a prueba, sin embargo, en las tesis de investigación descriptiva-cuantitativa se parte a la inversa, es decir, del análisis de hechos concretos mediante el uso del método inductivo.

En estos casos, la investigación sugiere inicialmente una o varias hipótesis: una principal y varias subhipótesis; diseñan un plan de investigación que exige rigurosidad para ser sometido a prueba el fenómeno de investigación; se miden los conceptos incluidos en las variables y los indicadores para transformarlos en mediciones y valores numéricos (datos cuantificables) para ser analizados posteriormente con técnicas estadísticas y extender los resultados a un universo más amplio, o para consolidar las creencias (formuladas en forma lógica en una teoría o un esquema teórico). Supone, además, la recolección sistemática de datos, hechos y muestras¹⁴⁴, el análisis de la información numérica, generalmente en situaciones controladas

¹⁴⁴ La **muestra cuantitativa**. Para el proceso cuantitativo la muestra es un subgrupo de la población de interés (sobre el cual se recolectarán datos, y que tiene que definirse o delimitarse de antemano con precisión). La muestra deberá ser representativa de la población. El investigador tratará de probar que los resultados encontrados en la muestra logren generalizarse a la población. Los tipos de muestra son regularmente: a) la probalística, en esta todos los elementos de la población tienen la misma posibilidad de ser escogidos y se obtienen definiendo las características de la población y el tamaño de la muestra. Ejemplo: "*La tercería como instrumento procesal para evadir garantías hipotecarias o ejecución en los juzgados de la Región Arequipa*". La muestra extraída de algunos -no de todos- será esencial en el diseño de investigación cuantitativa transeccional tanto descriptivo como correlacional. b) la muestra no probalística, en ella la elección de los elementos no depende de la probabilidad, sino de causas relacionadas con las características de la investigación o de quien hace la muestra.

en áreas, espacios y tiempo predeterminados. Finalmente para evitar ambigüedades, de “mucho”, “poco”, “demasiados”, “suficiente”, etc., la ciencia se vale de métodos cuantitativos para que exista una generalidad perfectamente cuantificada utilizando un lenguaje científico.

Procedamos a procesar algunos temas de investigación con el enfoque cuantitativo:

Ejemplo:

“La inaplicación del principio de celeridad procesal en los procesos de alimentos en la Región Moquegua: 2000 – 2007”.

En el caso planteado como enunciado del problema se tiene que determinar en el proceso de investigación:

Ámbito (espacio) y tiempo, universo, muestras, unidades de investigación;

Cómo funciona el principio de celeridad procesal en los casos de alimentos en los juzgados civiles de la Región Moquegua;

Determinar el tiempo de duración (meses o años) de los procesos de alimentos en el período 2000 – 2007 y cuantificar los procesos tramitados en forma regular en los términos que establece el Código Procesal Civil;

Determinar una muestra representativa por cada jurisdicción judicial de la Región Moquegua (provincias y distritos);

Cuantificar el número de procesos que han cumplido su objetivo, es decir, ejecutados satisfactoriamente o han culminado en la etapa de conciliación;

Indicar el número de procesos que han sido sometidos al proceso de omisión de asistencia familiar en lo penal;

Determinar la carga procesal por alimentos.

Cada uno de los aspectos estarán expuestos en gráficos y cuadros estadísticos para la contrastación de la hipótesis; para conocer la posición los operadores de la administración de justicia se preparará un cuestionario de entrevistas con los magistrados, personal administrativo y abogados; también una encuesta abierta o cerrada para los litigantes. Ello permitirá que la tesis termine con un análisis cuantitativo del problema. Finalmente se harán proposiciones correctivas, sugerencias viables en lo administrativo y jurisdiccional, convertidas en propuesta legislativa.

Otro ejemplo:

“Consideraciones jurídicas y socio-económicas del incremento del tráfico de menores del género femenino menores de edad para el ejercicio del meretricio en el Callao: 2001- 2005”.

En el tema de investigación, más que teorizar sobre el significado del meretricio o la prostitución –sin duda importantes y que no deben estar ausentes- se cuantificará las dimensiones del problema en específico. Para el investigador hacer uno de nivel nacional le demandará mucho esfuerzo y mayores recursos económicos, por lo que se selecciona un ámbito, tiempo, universo y muestra representativa, centrado en el Callao. En el estudio se cuantificará los siguientes datos:

Número de prostíbulos “legales” y clandestinos en el Callao;

Número de féminas mayores y menores de edad;

Locales donde prestan servicios frecuentemente las menores de edad;

Determinar la edad promedio de las menores, condición social, nivel educacional, origen, ingreso diario;

Modalidad de captación de las menores por los proxenetes.

Estado y amparo legal de las menores: tutela, patria potestad o estado de abandono.

Número de procesados y condenados por practicar el proxenetismo;

Determinar la condición económica y social aproximada de las menores a partir de los ingresos que percibe;
indagar el rol de la Municipalidad del Callao, del Ministerio de Salud, del Ministerio de la Mujer, del Fiscal y Juez de la Familia.

Todos los datos recolectados serán expuestos estadísticamente para verificar nuestra hipótesis de trabajo. Los resultados nos darán una idea de las dimensiones del problema en todos los aspectos debidamente contextualizados en las variables e indicadores.

Otro ejemplo:

“La extinción de la jornada laboral de ocho horas en la prestación de servicios en establecimientos comerciales del cercado de Lima durante el gobierno de Alan García”.

En este problema y tema de investigación se considerará y cuantificará determinados presupuestos fundamentales:

- Cumplimiento de la jornada laboral en el Perú y convenios de la OIT;
- Determinar el número aproximado de establecimientos comerciales (formales e informales) con trabajadores de servicios;
- Cuantificar aproximadamente el número de trabajadores en la prestación de servicios comerciales;
- Identificar las modalidades de prestación de servicios (nombrados y contratados, asegurados y sin seguro);
- Investigar el número de horas laboradas en horarios diurnos y nocturnos;
- Indagar el monto y modalidades de pago por los servicios laborales prestados;
- Indagar si gozan de los días feriados, de descanso y vacaciones;
- Verificar sobre el rol del Ministerio de Trabajo en la protección de los derechos del trabajador en los establecimientos comerciales;
- Rol los gremios sindicales en la protección de estos trabajadores, etc.

En los ejemplos expuestos resultará conveniente e ineludible desarrollar un marco teórico que comprenda los antecedentes históricos laborales, análisis de la normatividad laboral pasada y vigente (exegética), de los conceptos jurídicos involucrados en el problema (dogmática), examen crítico de los casos con sus efectos colaterales de orden hermenéutico.

EL ENFOQUE CUALITATIVO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

3.1. ORÍGENES DE LA INVESTIGACIÓN CUALITATIVA

Lo que hoy conocemos como **investigación cualitativa** se sitúa a principios del siglo XX y se desarrolla en Gran Bretaña y Francia a través de las escuelas de sociología y antropología de Chicago, Columbia, Harvard y Berkeley¹⁴⁵. A ello debemos agregar el desarrollo de la investigación etnográfica¹⁴⁶. Por su parte, BOGDAN y BIKLEN¹⁴⁷, señalan diversas aportaciones en la historia de la investigación cualitativa que a lo largo del siglo XX han contribuido a su génesis, desarrollo y progresiva implantación en el ámbito de las ciencias humanas, así como al reconocimiento de sus aportaciones y legitimación. ¿Cómo ha emergido el término *investigación cualitativa*? Inicialmente los términos más utilizados eran los de investigación naturalista e investigación interpretativa. Progresivamente, el término investigación cualitativa se ha impuesto por dos motivos: porque inicialmente se ha venido utilizando para referirse por contraposición a la investigación tradicional etiquetada como *cuantitativa*, y también, y esto es importante, para dar cabida a otros enfoques que comparten con la investigación naturalista algunos de sus presupuestos y fundamentación pero que poseen rasgos distintivos, entre otros aspectos, en

¹⁴⁵ DENZIN, N.K. Y LINCOL, Y.S., citado por SANDÍN ESTEBAN, Paz M^a. *Op.cit.* p. 75.

¹⁴⁶ El término **etnografía** significa descripción del modo de vida de un grupo de individuos o etnia. Su naturaleza es eminentemente descriptiva y se propone captar la cultura de un determinado grupo interesándose por su valores, creencias, interacciones, costumbres y tradiciones que le han dado sentido a la subsistencia de una comunidad.

¹⁴⁷ BOGDAN, R., Y BIKLEN, S., citado por SANDIN ESTEBAN, Paz M^a. *Op. cit.* p. 75.

cuanto a su finalidad, como es el caso de las metodologías orientadas al cambio¹⁴⁸.

La investigación cualitativa, requiere métodos descriptivos holísticos. Para ello son importantes la observación, la narración personal perspicaz de investigaciones de campo, elaboración sobre basamentos teóricos de investigación cualitativa. Si se hace más objetivamente, sería usando metodologías cuantitativas, pero si fuera más subjetivo, sería más cualitativo. Pero no se puede poner una barrera casi fanáticamente entre lo objetivo y lo subjetivo, pues, se orientan a aprender de experiencias y puntos de vista de los individuos, valorar procesos y generar teorías fundamentales en las perspectivas de los participantes. Tiene su fundamento, ante todo, en el proceso mismo de recolección y análisis. Es interpretativa, ya que el investigador hace su propia descripción y valoración de los datos que acopia y procesa.

Resulta importante señalar que, la investigación cualitativa está en un proceso continuo de proliferación con la aparición de nuevos enfoques y métodos, y cada vez más disciplinas la adoptan como una parte central de su currículum. Se pueden ver perspectivas nuevas y antiguas en la investigación cualitativa en la sociología, la psicología, la antropología, la enfermería, la ingeniería, los estudios culturales, etc¹⁴⁹. Este enfoque “tiene relevancia específica para el estudio de las ciencias sociales, debido al hecho de la pluralización de los mundos vitales”¹⁵⁰, de tal manera, que la investigación cualitativa se viene posesionando particularmente en las ciencias sociales. Si cada enfoque y método se basa en una determinada comprensión específica de su objeto, en el campo jurídico –sin haberlo predeterminado- los grandes tratadistas, politólogos, juristas y filósofos del Derecho han aplicado magistralmente el método y enfoque cualitativo. El Derecho al formar parte de las ciencias sociales y humanas, la monumental obra escrita hasta entonces

¹⁴⁸ Cfr. SANDÍN ESTEBAN, Paz M^a. *Op. cit.*, p. 119.

¹⁴⁹ FLICK, Uwe. *Introducción a la investigación cualitativa*. Traducido por Tomás del Amo, del texto original *Qualitative Sozialforschung*. Madrid, Ediciones Morata, 2004, p.11.

¹⁵⁰ *Ibid*, p. 15.

se ubica en el escenario cualitativo. Por ello, la investigación cualitativa ha sido clave en el ámbito de las ciencias sociales.

El resultado de estos avances hace que las publicaciones de investigación cualitativa sea cada vez más creciente. Sin embargo, ella se encuentra en peligro de caer en campos de investigación y debates metodológicos diferentes y que, en el proceso, principios e ideas centrales de la investigación cualitativa se podrían omitir a través de estos campos. También, porque los métodos cualitativos de investigación jurídica no se pueden considerar independientemente del proceso de investigación y el problema materia de estudio, ella está integrada específicamente en el proceso de investigación, se comprenden y describen mejor utilizando una perspectiva del proceso.

3.2. IDEAS CONCEPTUALES DE LA INVESTIGACIÓN CUALITATIVA

Las ideas centrales que guían la investigación cualitativa son diferentes de las que se encuentran en la investigación cuantitativa. Los múltiples usos y significados que la investigación cualitativa ha adoptado a lo largo de la historia y su concepción en las diversas disciplinas hacen difícil la elaboración de una definición. Como señala RUIZ OLABUÉNAGA, en relación a los métodos de investigación cualitativa, *es más fácil describirlos que definirlos*¹⁵¹. Al respecto algunas ideas sugeridas sobre el significado de investigación cualitativa:

STRAUS y CORBIN, enfatizan el carácter cualitativo del tipo de información recogida, así como su análisis:

“Por investigación cualitativa entendemos cualquier tipo de investigación que produce resultados a los que no se ha llegado por procedimientos

¹⁵¹ RUIZ OLABUENA, J.I. *Metodología de la investigación cualitativa*. 2ª ed. Bilbao, Universidad de Deusto, 1999.

estadísticos u otro tipo de cuantificación. Puede referirse a investigaciones acerca de la vida de las personas, historias, comportamientos, y también al funcionamiento organizativo, movimientos sociales o relaciones e interacciones. Algunos de los datos pueden ser cuantificados pero el análisis en sí mismo es cualitativo¹⁵².

PÉREZ SERRANO, destaca la *interrelación* entre el *desarrollo del proceso* de investigación y el *diseño* de la misma:

“La investigación cualitativa se considera como un proceso *activo, sistemático y riguroso* de indagación dirigida, en el cual se toman decisiones sobre lo investigable en tanto se está en el campo de estudio”. Subraya que el *foco de atención* de los investigadores cualitativos radica en la realización de: “descripción detallada de situaciones, eventos, personas, interacciones y comportamientos que son observables, incorporando la voz de los participantes, sus experiencias, actitudes, creencias, pensamientos y reflexiones tal como son expresadas por ellos mismos”¹⁵³.

TESCH nos recuerda que la *utilización de datos cualitativos* no constituye el criterio exclusivo para distinguir entre investigación cualitativa y no cualitativa:

“La investigación cualitativa, tal como el término es usado por diversos autores significa un determinado enfoque de la producción de conocimiento. No sólo se refiere a los datos”¹⁵⁴.

DENZIN y LINCOLN ofrecen una definición comprehensiva de la *investigación cualitativa*, quizá la más reproducida en los últimos años en las obras sobre metodología cualitativa:

¹⁵² STRAUS, A., y CORBIN, J., citado por SANDÍN ESTEBAN, Paz M^a. *Op. Cit*, p. 121

¹⁵³ PÉREZ SERRANO, G. *Investigación cualitativa*. Madrid, Ediciones Muralla, 1994, p. 46.

¹⁵⁴ TESCH, R. citado por SANDÍN ESTEBAN, Paz M^a. *Op. Cit*, p. 121.

“La investigación cualitativa es un campo interdisciplinar, transdisciplinar y en ocasiones contradisciplinar. Atraviesa las humanidades, las ciencias sociales y las físicas. La investigación cualitativa es muchas cosas al mismo tiempo. Es multiparadigmática en su enfoque. Las personas que la practican son sensibles al valor de un enfoque multimétodo. Están comprometidas con una perspectiva naturalista y una comprensión interpretativa de la experiencia humana. Al mismo tiempo, el campo de la investigación cualitativa es inherentemente político y se perfila a través de múltiples pasiones éticas y políticas. La investigación cualitativa abarca dos tensiones. Por un lado, supone una amplia sensibilidad interpretativa, posmoderna, feminista y crítica. Por otro, recoge una estrecha definición de las concepciones positivista, pospositivista, humanística y naturalística de la experiencia humana y su análisis”.

Agregan:

“La investigación cualitativa es un enfoque de indagación plenamente constituido. Atraviesa disciplinas, ámbitos y tópicos. Una compleja e interrelacionada familia de términos, conceptos y supuestos, subyace a la expresión *investigación cualitativa* (...) constituye un conjunto de prácticas interpretativas de investigación que no privilegia una metodología sobre otra. Como espacio de discusión, o discurso, es difícil de definir claramente puesto que ninguna teoría o paradigma la distingue en forma exclusiva”¹⁵⁵.

Denis POLIT, y Bernadette HUNGER, describen a la investigación cualitativa, como aquella que consiste en la recolección sistemática y el análisis de materiales narrativos de carácter más subjetivo, utilizando para ello procedimientos en los que el control de parte del investigador tiende a reducirse al mínimo¹⁵⁶.

¹⁵⁵ DENZIN, N. y LINCOLN, Y.S., citado por SANDIN ESTEBAN, Paz M^a.Op, cit, p. 122.

¹⁵⁶ POLIT, Denisi y Bernadette HUNGER. *La investigación científica en ciencias de la salud*. 5^o Ed. México, McGraw-Hill, 1997, p. 16.

Como puede verse, el término investigación cualitativa constituye en la actualidad un concepto amplio que hace referencia a diversas perspectivas epistemológicas y teóricas, incluyendo también numerosos métodos y estrategias de investigación. Si algún rasgo esencial atraviesa al sentido que se atribuye a la investigación cualitativa en las definiciones presentadas es su carácter *interpretativo*, *construccionista*¹⁵⁷ y *naturalista*. En síntesis, podría distinguirse a la investigación cualitativa por su *objetivo*, considerando también como *finalidad* la elaboración conceptual y el desarrollo teórico.

3.3. CARACTERÍSTICAS DE LA INVESTIGACIÓN CUALITATIVA

La investigación cualitativa es una actividad sistemática orientada a la comprensión profunda de fenómenos sociales, entre ellos, el Derecho. Su fundamento radica en que es un conjunto de prácticas interpretativas de investigación, también un espacio de discusión y desarrollo teórico. El aspecto interpretativo tiene dos sentidos: el investigador cualitativo *justifica* sus afirmaciones mediante la elaboración o integración en un marco teórico los respectivos hallazgos investigados; empero, igualmente implica una preocupación por la experiencia tal y como es vivida, sentida o experimentada.

Entre sus características principales destacan:

- a) Los estudios cualitativos prestan especial atención al *contexto*; la experiencia humana se perfila y tiene lugar en contextos particulares, de manera que los acontecimientos y fenómenos no pueden ser comprendidos si son separados de aquellos; dichas experiencias se abordan de manera *holística*. No se entiende a la persona como un conjunto de comportamientos o sujetos separado en variables. En lo cualitativo desarrolla una sensibilidad hacia

¹⁵⁷ La **epistemología construccionista** nos lleva a aceptar que los seres humanos no descubren el conocimiento, sino que lo construye. Elaboramos conceptos, modelos y esquemas para dar sentido a la experiencia, y constantemente comprobamos y modificamos estas construcciones a la luz de nuevas experiencias.

situaciones o experiencias consideradas en su globalidad, igualmente las cualidades que las regulan.

- b) La investigación cualitativa, reivindica la *reflexividad*. Significa que debe prestarse especial atención a la forma como diferentes elementos lingüísticos, sociales, culturales, jurídicos, políticos y teóricos influyen de forma conjunta en el proceso de desarrollo del conocimiento. Por otra parte, la reflexibilidad supone dirigir la mirada hacia las personas, hechos o fenómenos jurídicos que investiga, el reconocimiento de los supuestos teóricos y también personales que modulan su actuación, así como su relación con los actores y la comunidad en la que realiza el estudio.
- c) Es *particularista*, en tanto los estudios se centran en situaciones, hechos, normas o fenómenos jurídicos particulares. Es importante por lo que revela acerca del hecho concreto materia de investigación y por lo que pueda representar en el pensamiento jurídico. Esta particularidad es idónea para analizar problemas prácticos o teóricos, cuestiones jurisprudenciales, acontecimientos sociales o políticos de trascendencia jurídica.
- d) Es *descriptivo*, porque el producto final de la investigación jurídica contiene una descripción tanto histórica como actual del hecho o situación jurídica, permitiendo desarrollar o innovar nuevas teorías, conceptos, significaciones, ampliar o confirmar los conocimientos jurídicos ya conocidos. Se considera *descripción*, a la “etapa preparatoria del trabajo científico que permite ordenar el resultado de las observaciones de las conductas, las características, los factores, los procedimientos y otras variables de fenómenos y hechos. Este tipo de investigación no tiene hipótesis específica”¹⁵⁸.

¹⁵⁸ DE CANALES, F.H., E.L. DE ALVARADO y E.B. PINEDA. *Metodología de la investigación*. México, Limusa, 1986, 53.

- e) En lo cualitativo no existe posiciones absolutas en el procedimiento metodológico. Algunos consideran que es preponderantemente *inductivo* en el tipo de razonamiento, pues, casi siempre parte de hechos o fenómenos jurídicos concretos. Las generalizaciones, los conceptos o las hipótesis surgen de un examen de los datos fundados en el contexto mismo y, ocasionalmente, se establecen hipótesis tentativas de trabajo al inicio del estudio. El descubrimiento de nuevas relaciones y conceptos, más que la verificación de hipótesis predeterminadas, caracterizan al estudio de casos cualitativos.
- f) En estudios cualitativos raramente es posible formular hipótesis que puedan ser rigurosamente verificados y potencialmente rechazadas. Cuando se elige el enfoque cualitativo y se refiere a la hipótesis, lo que se suele plantear es una hipótesis de trabajo, o una suposición que irá gradualmente reforzando o corrigiendo en la medida del avance de la investigación. Empero, si el investigador desea formular una hipótesis para contrastar su certeza y probar apropiadamente la veracidad cualitativa, el enfoque es la misma que el estudio basado en hipótesis de tipo cuantitativo, quiere decir, en la investigación cualitativa, a veces, pero no necesariamente, se prueban hipótesis. Con frecuencia se basa en métodos de recolección de datos sin medición numérica, como las descripciones y observaciones. Regularmente, las hipótesis surgen como parte del proceso de investigación y es flexible.
- g) En lo cualitativo existe un común denominador: *patrón cultural*. Parte de la premisa de que toda cultura o sistema social tiene un modo único para entender las cosas y eventos, su propia forma de interpretar los fenómenos humanos o la naturaleza, es el caso del Derecho. “Esta cosmovisión, o manera de ver el mundo, afecta la conducta humana. El estudio de los modelos culturales –que son marcos de referencia para el actor social y que están contruidos por el inconsciente, lo transmitido por otros y la experiencia personal- son

entidades flexibles y maleables que se tornan en el objeto de estudio de lo cualitativo”¹⁵⁹.

- h) Los estudios cualitativos se caracterizan “por la recolección de datos utilizando técnicas que no pretenden medir ni asociar las mediciones con números, tales como la observación no estructurada, entrevistas abiertas, revisión de documentos, discusión de grupo, evaluación de experiencias personales, inspección de historia de vida, análisis semántico y de discursos cotidianos, interacción con grupos o comunidades, e introspección”¹⁶⁰. El enfoque se basa en métodos de recolección de datos no estandarizados. No se efectúa una medición numérica, por lo cual el análisis no es estadístico¹⁶¹. El enfoque cualitativo evalúa el desarrollo natural de los sucesos, se interesa por la comprensión personal, sus conductas, sus valores y circunstancias que subyacen en el espíritu humano, es decir, no hay manipulación ni estimulación con respecto a la realidad. Busca sobre todo comprender un fenómeno materia de investigación en su ambiente usual. En el caso del Derecho, cómo la acata la población, como se comporta frente a la ley, cuales son sus actitudes, etc.¹⁶². En estos casos, trabajamos con conductas humanas vía la hermenéutica y la axiología.
- i) El enfoque cualitativo se fundamenta en una perspectiva interpretativa centrada en el entendimiento del significado de los

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p.12.

¹⁶¹ *Ibid.*,

¹⁶² NEUMAN, citado por HERNÁNDEZ SAMPIERI y coautores, sintetiza las actividades principales del **investigador cualitativo** con los siguientes comentarios: 1. El investigador observa los eventos ordinarios y actividades cotidianas tal como suceden en sus ambientes naturales, además de cualquier acontecimiento inusual. 2. Está directamente involucrado con las personas que se estudian y con sus experiencias personales. 3. Adquiere un punto de vista “interno” (desde dentro del fenómeno), aunque mantiene una perspectiva analítica o una distancia específica como observador externo. 4. Utiliza diversas técnicas de investigación y habilidades sociales de una manera flexible, de acuerdo con los requerimientos de la situación. 5. Produce datos en forma de notas extensas, diagramas, mapas o “cuadros humanos” para generar descripciones bastante detalladas. 6. Sigue una perspectiva holística (los fenómenos se conciben como un “todo” y no como partes) e individual. 7. Entiende a los miembros que son estudiados y desarrolla empatía hacia ellos; no solamente registra hechos objetivos “fríos”. 8. Mantiene una doble perspectiva: analiza los aspectos explícitos, conscientes y manifiestos, así como aquellos implícitos, inconscientes y subyacentes. En este sentido, la realidad subjetiva en sí misma es objeto de estudio. 9. Observa los procesos sin irrumpir, alterar o imponer un punto de vista externo, sino tal y como son percibidos por los actores del sistema social. 10. Es capaz de manejar paradoja, incertidumbre, dilemas éticos y ambigüedad.

actos de seres humanos y sus instituciones, ella hace del mundo visible, lo transforman y convierten en una serie de representaciones en forma de observaciones, anotaciones, grabaciones y documentos.

j) Las indagaciones cualitativas no pretenden universalizar ni generalizar de manera probalística los resultados a poblaciones más amplias ni necesariamente obtener muestras representativas, incluso, no buscan que sus estudios lleguen a replicarse¹⁶³. Esta particularidad expresa la gran diferencia: mientras la cuantitativa se apoya en el positivismo en el estricto sentido de la palabra, la investigación cualitativa tiene un carácter fenomenológico, por cuanto, trata de entender la realidad social considerando cómo la perciben las personas.

k) Finalmente, dentro del enfoque cualitativo existe una variedad de concepciones científicas acerca de la interpretación del mundo y las realidades sociales concretas. “Esta cosmovisión, o manera de ver el mundo, afecta a la conducta humana. Los modelos culturales se encuentran en el centro de estudio de lo cualitativo, pues son entidades flexibles y maleables que constituyen marcos de referencia para el actor social, y están constituidos por el inconsciente, lo transmitido por otros y por la experiencia personal”¹⁶⁴.

3.4. OBJETIVOS EN LA INVESTIGACIÓN CUALITATIVA

La necesidad de estudiar en profundidad los fenómenos jurídicos es el primer paso para comprender los objetivos del Derecho, en consideración a las necesidades de la sociedad y el Estado. Según nuestro punto de vista, los objetivos de la investigación cualitativa en el campo jurídico son:

¹⁶³ *Ibid*,

¹⁶⁴ *Ibid*,

- *Describir* los elementos que componen un caso, hecho o fenómeno de relevancia jurídica, determinando sus contradicciones y conexiones entre sí.
- *Explicar* los procesos, contextos, instituciones y sistemas en los cuales se ve involucrada la conducta humana desde el punto de vista jurídico, político y social.
- *Interpretar* el significado de los textos normativos que componen del ordenamiento jurídico en sus más diversas dimensiones.
- *Desarrollar* la dogmática jurídica a partir de la creación de nuevos conceptos e instituciones jurídicas, replanteando o reelaborando las existentes, e identificar los problemas del sistema jurídico.
- *Plantear*, programas de solución a las dificultades surgidas en los conflictos e incertidumbres, haciendo operativo y tangible la aplicación del Derecho.
- *Evaluar* las políticas legislativas, la estructura jerárquica y coherencia lógica del ordenamiento jurídico.
- *Sugerir* medidas que permitan una eficaz y eficiente administración de justicia.
- *Rescatar* la significación filosófica de la deontología, como parte de la axiología jurídica.
- *Plantear* innovaciones en la comprensión y estructuración del Derecho normativo.
- *Contrastar* los postulados teóricos de carácter jurídicos; las corrientes epistemológicas y sus formas de interpretación de la filosofía y ciencia del Derecho.
- *Construir* y desarrollar nuevos enfoques epistemológicos tendientes a superar las pasadas.
- *Contrastar* la validez del Derecho positivo en consideración a la aplicación a la realidad y particularidades de la sociedad y los individuos.

3.5. DIFERENCIAS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA CUALITATIVA Y CUANTITATIVA

La ciencia del hombre¹⁶⁵ y la vida humana son infinitamente variadas, por ello, es comprensible que la lógica que gobierna la investigación jurídica que se desarrolla para comprenderla adopte muchas formas y diferencias. Con respecto al tema tratado pese a las diferencias sustanciales, finalmente, ambos resultan siendo importantes.

Señalemos algunas diferencias:

- Por investigación cualitativa entendemos los estudios que proporcionan una descripción verbal o explicación del fenómeno jurídico materia de investigación, su esencia, naturaleza, comportamiento, aplicación a la realidad, en contraste con la exposición ofrecida en la investigación cuantitativa, cuyo contenido se sustenta en cifras numéricas, cuantificadas y regularmente expuestas en estadísticas.
- En la investigación jurídica cualitativa supone la utilización de los métodos que le son propios bajo consideraciones epistemológicas *iusjurídicas* tales como la argumentación, la hermenéutica, el razonamiento lógico, la axiología, la filosofía jurídica y el desarrollo teórico, principalmente. Este enfoque, como esencial característica, busca profundidad teórica de comprensión de los problemas jurídicos. En lo cuantitativo, el estudio de casos y uso de la estadística son las técnicas más idóneas. La investigación cualitativa no es tan tangible

¹⁶⁵ Se llama **ciencias del hombre** al conjunto de saberes cuyo objeto es el estudio de los comportamientos del individuo o de la sociedad. El Derecho, la psicología, antropología, sociología, la historia, la geografía humana y las ciencias del lenguaje pertenecen a este conjunto. DILTHEY, filósofo alemán de comienzos del siglo pasado, los llamó *ciencias del espíritu* en contraposición a las ciencias de la naturaleza.

como la investigación cuantitativa que representa estadísticamente aspectos concretos para entender los resultados objetivos y medibles.

- En lo cualitativo el texto es el material empírico más usual para construir o reconstruir hechos jurídicos “Los textos sirven a tres propósitos en el proceso de investigación: no son sólo los datos esenciales en los que se baza los hallazgos, sino también la base de las interpretaciones y el medio central para presentarlos y comunicarlos”¹⁶⁶. Empero, la investigación cualitativa confía –no siempre- en comprender las realidades sociales y jurídicas por medio de la interpretación de textos. En estos casos, los textos son la base de la reconstrucción y la interpretación. La importancia que se otorgue al texto depende de la posición teórica del fenómeno materia de estudio. Señala MOISSET DE ESPANÉS, “En nuestra ciencia el principal laboratorio de estudio se encuentra en los libros (...) Es cierto que esos datos nos resultan indispensables y nos prestan gran ayuda, pero se trata de observaciones que recibimos de segunda mano y no tenemos la certeza absoluta respecto a las condiciones en que se produjo el fenómeno, porque no hemos realizado en experimento personalmente”¹⁶⁷. “De la misma manera que el químico necesita un laboratorio bien dotado, los investigadores de las ciencias sociales necesitamos una buena biblioteca”¹⁶⁸. Pero advierte Umberto ECO: “Los libros no se han hecho para que creamos lo que dicen, sino para que lo analicemos”¹⁶⁹, Es decir, cuando cogemos un libro, no debemos preguntarnos qué dice tal o cual autor, sino qué quiere decir, cuales son sus puntos de vista en consideración a nuestras
- La investigación cualitativa responde al ¿POR QUÉ? de algún planteamiento; la investigación cuantitativa ahondará interrogantes sobre ¿Cuántos? o ¿con qué FRECUENCIA?

¹⁶⁶ *Ibid.*, p.43.

¹⁶⁷ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Op.cit.*, p. 24.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ ECO, Umberto. *El nombre de la rosa*. Barcelona, Editorial Lumen, 1989, p. 315.

- En la investigación cualitativa los textos se convierten en la base del trabajo interpretativo y las inferencias realizadas a partir del material empírico como un todo. Señala WOLFF, “hacer ciencia social significa sobre todo producir textos (...) las experiencias de la investigación se tiene que transformar en textos y comprenderse a partir de éstos¹⁷⁰. En este contexto, la escritura se vuelve relevante en la investigación cualitativa en tres aspectos: para presentar los hallazgos de un proyecto; como punto de partida para evaluar las actuaciones que conducen a ellos, y así a los resultados mismos, y finalmente como punto de salida para las consideraciones reflexivas sobre el estado global de la investigación en su conjunto¹⁷¹. La investigación cualitativa es de argumentación en el planteamiento del problema; la investigación cuantitativa es la búsqueda de pruebas, datos, muestras, etc. La investigación cualitativa se interesa por interpretar los fenómenos jurídicos y la investigación cuantitativa por la descripción.
- La investigación cualitativa no intenta medir la extensión de los fenómenos, sino buscar describir qué existe y cuáles son las causas subyacentes. Los métodos cualitativos, en forma alguna sustituyen a los métodos cuantitativos, sino que, proveen información complementaria. La investigación cualitativa es un enfoque del conocimiento sobre las ciencias humanas, mientras que en las ciencias naturales la tendencia se inclina regularmente a favor del enfoque cuantitativo. No obstante, muchos fenómenos pueden ser estudiados con cualquiera de ambos enfoques o procedimientos metodológicos, o con ambos, y es al investigador a quien le corresponde elegir en consideración a la naturaleza del tema y problema por investigar.
- En la investigación jurídica cualitativa, no siempre el hecho jurídico puede expresarse en una muestra o un hecho concreto sustraído de la realidad, pues, puede proponer fórmulas normativas a fin de llenar vacíos o lagunas en el sistema jurídico, a fin de prever

¹⁷⁰ WOLFF, S. citado por FLICK, Uwe. *Op.cit.* p. 254.

¹⁷¹ FLIC, Uwe. *Op.cit.* p. 254.

futuras situaciones que se pudieran presentar en el decurso histórico de una sociedad política. Por ejemplo, si se desarrollara algo más de lo expuesto en el artículo 134^o ¹⁷² de la Constitución Política del Estado, que constituye una figura constitucional objeto de estudio, pero que no se expresa en la realidad, no encontramos una muestra o un hecho jurídico que se haya presentado en concreto en la vida política peruana, pero que podrían presentarse –aunque remotamente- por lo que es conveniente predecirla, adelantarse a lo acontecimientos. Otro ejemplo sería, proponer el desarrollo de las llamadas “normas populistas” incorporados en la Constitución Política a fin de que tengan aplicabilidad, caso del inciso 17^o del artículo 139^o ¹⁷³ de la norma fundamental, resulta siendo una hermosa declaración lírica, pero sin aplicación práctica, a pesar de haber consenso en ponerla en práctica.

- La investigación cualitativa también emplea la observación, las hipótesis y la verificación, pero por la estructura de los objetos de investigación, el procedimiento sufre modificaciones. La observación en los hechos históricos, por ejemplo, no puede darse directamente casi nunca y es necesario acudir a otras fuentes. En Derecho, la verificación de las hipótesis tiene un campo de aplicación muy reducido, pues, las efectuadas para un grupo humano concreto en unas circunstancias determinadas no pueden aplicarse a otro grupo humano ni en el mismo si han variado las condiciones. En estos casos, su objeto es cualitativo y no se reduce a la formal racionalidad de los números.
- La investigación cualitativa resulta una tarea bastante exigente, puede incluir cientos o miles de páginas manuscritas con pocas páginas

¹⁷² El artículo 134^o de la Constitución Política de 1993 expresa: “El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros. El Decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizarán dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente. No puede disolver el Congreso en el último año de su mandato. Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta. No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario. Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto”.

¹⁷³ El inciso 17^o del artículo 139^o de la Constitución manifiesta: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: inciso 17^o : La participación popular en el nombramiento y en la revocatoria de los magistrados, conforme a Ley (...)”.

significativas, lo que no sucede en la investigación cuantitativa, porque bastará la codificación de los elementos frecuentes y típicos de un problema, cuantificados numéricamente con técnicas estadísticas.

- Cuando de investigación se trata, no existe un divorcio absoluto entre el enfoque cualitativo y cuantitativo¹⁷⁴. Ambos se complementan y coadyuvan mutuamente en el desarrollo de la investigación científica, lo que se ha dado en llamar *modelo mixto*, “considerado el más alto grado de integración o combinación entre los enfoques cualitativos y cuantitativo”¹⁷⁵. Resulta evidente, incluso en las investigaciones cuantitativas, la elaboración de conclusiones y generalizaciones supone, como dijimos, la evaluación cualitativa de los datos numéricos obtenidos, pues, sin la interpretación, el razonamiento lógico y la argumentación - que tienen un carácter cualitativo- la información carecería de todo valor.
- El investigador en ninguno de los casos debe antagonizar los enfoques descritos, ambos enfoques son importantes. “La investigación cuantitativa nos ofrece la posibilidad de generalizar los resultados más ampliamente, nos otorga control sobre los fenómenos, así como un punto de vista de conteo y las magnitudes de éstos. Nos brinda una gran posibilidad de réplica y un enfoque sobre puntos específicos de tales fenómenos, además de que facilita la comparación entre estudios similares. Por su parte la investigación cualitativa proporciona profundidad a los datos, dispersión, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente o entorno, detalles y experiencias únicas. También aporta un punto de vista ‘fresco, natural y holístico` de los fenómenos, así como flexibilidad. Desde luego, el método cuantitativo ha sido el más usado por ciencias como la física, química y biología. Por

¹⁷⁴ FLICK, Owe, señala que la relación de la investigación cualitativa y la cuantitativa se pueden analizar y establecer en niveles diferentes: a) epistemología (incompatibilidades epistemológicas) y metodología; b) diseños de investigación que combinan el uso de datos o métodos, o ambas cosas, cualitativos y cuantitativos, c) métodos de investigación que son a la vez cualitativos y cuantitativos; d) vinculación de hallazgos de la investigación cualitativa y la cuantitativa; e) generalización de los hallazgos; y, f) evaluación de la calidad de la investigación. Aplicación de criterios cuantitativos a la investigación cualitativa o viceversa. *Op. cit.*, p. 277.

¹⁷⁵ FLICK, Owe. *Op.cit.*, p. 21.

ende, es más propio para las ciencias llamadas ´exactas o naturales`
“176.

- Consideramos, sin embargo, en la investigación jurídica, el enfoque predominante es el cualitativo, en tanto no prevalece necesariamente la cuantificación numérica ni análisis estadísticos. Su método de análisis es interpretativo, lógico, histórico, filosófico, contextual y argumentativo. Esta situación motiva a efectuar algunas apreciaciones críticas a quienes procuran aplicar los mismos métodos a todos trabajos de investigación, sin distinguir la naturaleza del Derecho y sus particulares procedimientos metodológicos. Hay quienes sostienen que el Derecho es absolutamente una “ciencia social” y la enfocan cuantitativamente, sus exigencias metodológicas la elevan a tal categoría. Existen fundamentos, para afirmar que no necesariamente la autoproclamada metodología de investigación “científica y social” debe aplicarse cual catecismo a la investigación jurídica, como si el Derecho fuera una ciencia exacta fundada en las matemáticas, la química o la biología.

PARTICULARIDADES METODOLÓGICAS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

El Derecho es esencialmente un producto cultural, resultado de la concepción de un determinado grupo social que establece las reglas de conducta humana desarrollada en una comunidad específica, por eso se dice que es un concepto equívoco que responde en buena medida a la posición filosófica del jurista; no es como las ciencias formales y de la naturaleza, cuyos objetos y leyes están claramente definidos y establecidos, muchas veces en forma inequívoca determinados por su materialidad. Con esta premisa, en el Derecho como en las demás ciencias humanas, las conclusiones de la investigación no pueden verificarse experimentalmente en razón de la materia investigada, como ocurre en las ciencias de la naturaleza. Por eso, “su verdad, aunque relativa, es

¹⁷⁶ Cfr. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y coautores. *Metodología de la investigación*. 4ª. Ed. *Op.cit*, p. 21.

permanente, y su falsedad también, lo que implica decir que sus conclusiones son esencialmente contingentes”¹⁷⁷.

Refiere RAMOS NÚÑEZ que, en el Derecho, “no se pretende llegar al conocimiento objetivo. Se trata de una disciplina eminentemente argumentativa. De tal manera que en materia jurídica no puede llegarse a probar verdades o mentiras. La única demostración a la que se pretende llegar consiste en convencer a los interlocutores sobre la razonabilidad de la argumentación”¹⁷⁸. Remarca: “La tesis de Derecho no tiene que ser necesariamente verificable. Pero tiene la obligación de ser *convinciente* y que disponga de *información empírica* suficiente”¹⁷⁹.

En la investigación jurídica no siempre puede obtenerse información empírica, hay fenómenos más allá de la existencia de muestras empíricas o hechos verificables en la realidad objetiva presente pero que podrían presentarse como hechos reales en el futuro. Siendo una de las características de la ciencia la predicción, una investigación jurídica puede proponer los fundamentos teóricos y normativos para prever situaciones futuras.

Ejemplo de un enunciado de investigación:

“El derecho al aborto por inseminación artificial en contra de la voluntad de la mujer”.

En este caso, es posible que no encontremos un hecho o muestras concretas presentadas en la realidad, pero en consideración al incremento de nuevas e imprevisiblemente figuras delictivas es posible que se presente en el

¹⁷⁷ MANGANARO ROZAS, citado por Enrique HERRERA. *Op.cit.*, p. 2.

¹⁷⁸ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer la tesis en Derecho*. 3ª. Ed. Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 37.

¹⁷⁹ *Ibíd.*,

futuro, en consecuencia, el desarrollo temático siempre será de importancia en el campo jurídico anticipándose a los acontecimientos.

Otro ejemplo:

“Enjuiciamiento jurídico-axiológico de la adopción de menores por matrimonios de personas del mismo género”.

En esta propuesta investigativa, en primer lugar, no existen casos manifiestos de matrimonios de personas del mismo género (homosexuales o lesbianas) reconocidos legalmente; y, en segundo lugar, no está normada la adopción de menores en este tipo de relaciones. Empero, en el contexto internacional se viene debatiendo este tema; en otros casos legalizando, caso de países europeos, lo que justifica la conveniencia de promover debate sobre sus conveniencias jurídicas y éticas y, hacerlo desde una tesis resulta el medio más idóneo.

Otro ejemplo:

“La legalización del aborto como forma de control de la natalidad para prevenir la sobrepoblación en países subdesarrollados”.

En el país no existe todavía el problema de sobrepoblación tal como se presenta en otros países (caso la República Popular China con más de 1,350 millones de habitantes) o en otros contextos. Los estudiosos del tema indican que en menos de dos o tres décadas la población en el globo terráqueo se duplicará o triplicará creando serios problemas alimenticios, espacio, etc., especialmente en países subdesarrollados como el nuestro. Esta temática estará siempre presente en el debate nacional e internacional, pues, al margen de consideraciones religiosas y axiológicas, el aborto va tomando fuerza como propuesta de control de la natalidad para prevenir la sobrepoblación del planeta y resolver problemas económicos.

Otro ejemplo:

- “La anticonstitucionalidad del delito de expatriación”.

En este ejemplo, no existen muestras suficientemente representativas a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 y 1993, pero sí casos presentados en el pasado. Esta figura a todas luces requiere mayor análisis en el sentido de su anticonstitucionalidad, al contravenir principios constitucionales establecidos en el inciso 22º del artículo 139º de la Carta Magna y los derechos humanos.

Aunque el valor de una tesis en Derecho, reside en el hecho de reflejar hechos concretos obtenidos de la realidad, ella no siempre es así, depende del grado de análisis de lo razonablemente social, del nivel de interpretación y argumentación del fenómeno jurídico. Como ya se dijo, “argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (...), conectadas entre sí de muy variadas formas”¹⁸⁰. “Embarcarse en una actividad argumentativa significa aceptar que el problema de que se trata (...) ha de desenvolverse mediante razones que se hacen presentes por medio del lenguaje: oral o escrito”¹⁸¹. DU PASQUIER, señala: “El Derecho no es, sin duda, una ciencia exacta fundada sobre las matemáticas. No investiga las leyes de la naturaleza, relaciones necesarias causa efecto. Pero su coherencia lógica le confiere al Derecho ciudadanía en el reino de las ciencias”¹⁸².

En la investigación, el jurista se vale de cuantos medios de conocimientos sean posibles. Es el caso de la interpretación, ella hace posible la captación del contenido, significación y demás virtudes del Derecho vigente. Vía interpretación se elaboran los conceptos fundamentales, permanentes unos y variables otros, generales unos y particulares otros, necesarios para la

¹⁸⁰ ATIENZA, Manuel. *Bioética, Derecho y Argumentación*. (Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo). Lima, Palestra Editores, 2004, p. 15.

¹⁸¹ *Ibid.*, p.17.

¹⁸² DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. 4ª. Edición. Traducción del francés por Julio Ayasta Gonzales. Lima, Editora “Edina”, 1990, pp.296-297.

sistematización del Derecho. Por la interpretación se selecciona la norma jurídica adecuada y de entre varias significaciones de ésta, la más apropiada para su aplicación a la solución del caso concreto de la vida real¹⁸³. En efecto, el método de estudio del Derecho no es de pura observación directa ni manipulación del objeto como en las ciencias naturales, sino es esencialmente de comprensión indirecta por medio de la interpretación, la argumentación, análisis y razonamiento lógico.

Los temas de investigación: *“La antijuricidad de la pena de muerte como propuesta legislativa”, “La influencia del pensamiento de Tomas de Aquino en el desarrollo del Derecho peruano”, “El desarrollo histórico de la formación de la propiedad comunal y el proceso de extinción”, “La vigencia de la tesis de Aristóteles sobre las formas de gobierno”, “La bioética en la legislación sobre salud en el Perú”, “El derecho de aborto en el Perú por inseminación artificial en contra de la voluntad de la mujer”, “El alquiler del vientre materno como contrato válido en consideración al Código Civil de 1984”, “La democracia como componente de los Derechos Humanos”, “La incompatibilidad del Estado Neoliberal con la democracia”, “El Derecho real del Incanato frente al Derecho real importado”, “El carácter jusnaturalista del bien común como objetivo del Estado”; “La legitimidad del derecho de insurgencia ante la causal de incapacidad moral del presidente de la República”, “La influencia de la ideología neoliberal en el título preliminar del Código civil”, “Los principios y derechos del artículo 139º de la Constitución y su incidencia en el Nuevo Código Procesal Penal”, “La inviabilidad jurídica de la privatización de las riveras del Lago Titicaca”, “La extinción del derecho a la intimidad como derecho fundamental de la persona”, “La justicia como valor supremo de la administración de justicia en el Perú”, “El jusnaturalismo en el preámbulo de la Constitución Política”, “Posturas jurídicas de las encíclicas papales”, “La intolerancia religiosa sobre los derechos humanos”, “La extinción de la propiedad pública urbana”, etc., preferentemente tienen un sentido y enfoque*

¹⁸³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho; teoría general del Derecho*. Lima, Palestra Editores, 1999, p. 160.

cualitativo, como tal, sus procedimientos metodológicos, técnicas y fuentes tienen que sujetarse a tal enfoque, al igual que sus conclusiones y sugerencias.

En todos ellos, si bien en el diseño o proyecto de investigación no prescindirán del planteamiento del problema y sus interrogantes, los objetivos, la justificación, la hipótesis (opcional), el tipo y métodos a utilizarse, resultaría impertinente exigirle al investigador: determinar el ámbito, tiempo, espacio, universo, muestras, fórmulas de verificación y contrastación, estadísticas, etc., porque tales supuestos corresponden a una investigación cuantitativa. Los investigadores, en los casos propuestos, recurrirán fundamentalmente a consideraciones históricas; interpretación de los fenómenos y hechos materia de estudio; a la doctrinaria expuesta sobre el tema; a la filosófica jurídica; a los juicios de valor, etc.

En cambio, si se aplicara el enfoque cuantitativo, resultará pertinente exigir: si el diseño de investigación es experimental o no experimental. Si no es experimental, determine si es longitudinal, transeccionales, los que podrán ser a la vez correlacional causal, o descriptiva o exploratorio. Si es experimental se solicitará la verificación, si el diseño es cuasiexperimental, si la manipulación es intencional, medición del efecto, de control y validez, la prueba y post prueba. Con respecto a la selección de la muestra, exigirán confirmación si es probalística o no probalística. Si es probalística demostrar si es de selección sistemática, aleatoria, o con capacidad para generalizar resultados a una población. Si es no probalística, explicar si es cualitativa, por cuotas, de sujetos tipo, de sujetos voluntarios, de expertos, etc. Se requerirá, desde luego, acreditar la unidad de análisis, las características de la población y el tamaño. Se instará a definir los sujetos, objetos, fenómenos, sucesos o eventos sobre los cuales se habrán de recolectar los datos, delimitación precisa de la población inicial y final, etc.

Con respecto a la recolección de datos, demandarán explicar la confiabilidad de los mismos; la validez, la selección de instrumentos, su aplicación, codificación, preparación para el análisis, a través del grupo de enfoque, entrevistas, observación, cuestionarios, escala de actitudes. Igualmente en esta parte definirán la manera como se van a recolectar los datos, el instrumento o método de recolección de datos, aplicación de dicho instrumento o método; como archivar los datos y prepararlos para su análisis. Respecto a la evaluación de validez y confiabilidad de cuestionarios, apremiarán se indique los niveles de medición de preguntas y escalas, determinación de la codificación de preguntas cerradas y abiertas, llevar a cabo la prueba piloto, etc., etc.

Respecto al análisis de los datos, se efectuará pruebas estadísticas, con diferencia de proporciones, coeficientes de correlación. Si es estadística descriptiva, se acreditará las medidas de variabilidad, de desviación estándar. Si se trata de medidas de tendencia central, se demostrará la moda, mediana y la media, la desviación estándar, varianza, máximo, mínimo y rango; la infaltable distribución de frecuencias, las razones y tasas. Todo ello, amparado en fórmulas con intervalos, puntos medios, frecuencias, etc. Respecto a la hipótesis, se propondrá una hipótesis principal y varias sub hipótesis; cada variable con una variable interviniente, los indicadores matemáticamente relacionados con las variables. Todo esto para señalar solamente algunos ejemplos.

Estos presupuestos, sin duda alguna, no forman parte de la investigación en el Derecho, pero tampoco le son completamente ajenos. Hay temas en los cuales es pertinente y lícita su aplicación, los juristas no renunciamos ni recusamos al enfoque cuantitativo. Lo que recusamos, es el hecho que existen Escuelas de Postgrado, donde exigen como "principio" inexcusable la aplicación de los procedimientos y técnicas que son exclusivos a la investigación cuantitativa, así el tema no guarde relación con ella. Hay un

hecho adicional, el investigador en el campo jurídico no ha sido preparado metodológicamente para dicho enfoque.

¿Alguien se atrevería a elaborar una tesis de maestría o doctorado en Derecho con los presupuestos y formalidades expuestas? Sin duda que no. Estas exigencias atemorizan a quienes se inicia en la investigación jurídica, incluso a quienes tienen experiencia. Lo dejarán tan anonadado, ante la primera observación del proyecto de tesis, pues, tendrá que empezar de cero, desertando del intento de hacer investigación. Se tiene a estudiantes y egresados de maestrías y doctorados meses y años reformulando los presupuestos arriba expuestos, otros, simplemente se rindieron a las observaciones en cuestión y renunciaron al cometido.

Bajo las consideraciones de estos presupuestos, con seguridad Platón, al escribir su monumental obra *Apología de Sócrates, o Las Leyes*; Aristóteles y sus monumentales obras: *Ética a Nicomano o Política*, pasados ya más de dos milenios seguirían buscando las muestras y datos, realizando el trabajo de campo, rompiéndose la cabeza procesando datos, estadísticas, encuestas y fórmulas sobre sus concepciones jurídicas y científicas que siguen teniendo trascendencia universal. No hubiesen sido posible obras de excelso contenido jurídico tales como: de BRUNNER *La Justicia*; Del Vecchio, *La Justicia*; de GARCÍA MAYNEZ, *Lógica del juicio jurídico*; de HART, *El concepto de Derecho*; de HEGEL, *Filosofía del Espíritu*; de KANT, *Crítica de la Razón Pura*; de HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*; de RECASÉNS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*; de ROUSSEAU, *el Contrato Social*; de SMITH, *Norma Jurídica y Conocimiento Jurídico*; de SAGÜES, *Elementos de Derecho Constitucional*; de Carlos MARX, *El Capital*; de Federico ENGELS, *El Origen de la Familia, la Propiedad privada y el Estado*; ALZAMORA VALDEZ, *El Derecho y naturaleza de las cosas*; de Juan Manuel BAKULA, *El dominio marítimo del Perú*; de BIDART CAMPOS, *El derecho constitucional*, DE TRAZEGNIES GRANDA, *Reflexiones sobre la sociedad civil y el Poder Judicial*; HÄBERLE, *La libertad fundamental del Estado constitucional*; André

HAURIOU, *Derecho constitucional e instituciones políticas*; etc. sin mencionar toda la pléyade de juristas de nivel nacional e internacional que sería largo enumerar.

Reiteramos, el Derecho como ciencia y filosofía tiene su particular forma de enfoque epistemológico que es divergente de las llamadas ciencias sociales a secas, puras o formales. Si bien, la Ciencia Jurídica y la Filosofía Jurídica se ubican dentro las ciencias sociales, no es absolutamente viable todos los métodos que estudian las ciencias sociales. Por eso, continúan válidos –aun con sus propios límites- los métodos exegético, dogmático, el conceptualismo, el historicismo jurídico, el dialéctico, entre otros. Ni siquiera el método de Análisis Económico del Derecho, hoy en boga, se aferra a la pura metodología de la “investigación científica social” como si se tratara de un dogma.

FUNDAMENTOS ACERCA DEL CARÁCTER CUALITATIVO DEL DERECHO

Se afirma que la investigación cuantitativa no aporta mayormente al desarrollo de la Ciencia Jurídica. Del análisis de las tesis de las diferentes Escuelas de Postgrado del Sur del país, se tiene que mayormente las de magíster se orientan por un enfoque cuantitativo y mixto de carácter descriptivo, excepcionalmente lo hacen por el cualitativo. El Derecho como filosofía y como ciencia, desde sus orígenes epistemológicos, su objeto, fines, funciones y métodos, es eminentemente cualitativo. Lo confirma el hecho de que la configuración dogmática y estructura normativa del Derecho en el sistema jurídico nacional y supranacional no es producto de la experimentación, de hipótesis previamente establecidas, de la verificación y contrastación matemáticamente expuestos, tampoco lo es en su aplicación a las relaciones intersubjetivas.

El Derecho no es como en las ciencias físicas, químicas o biológicas donde el objeto de investigación está fuera del hombre. En estos casos, el

investigador toma objetos de la naturaleza y los manipula a voluntad, en cambio, en el Derecho, “el objeto de investigación es, o el hombre mismo y su comportamiento en sociedad o, a veces, toda la organización social, y no es posible utilizar al ser humano como ‘conejiillos de indias’. La libertad del hombre es un valor casi sagrado, que debe respetarse siempre y constituye una malla insalvable para el investigador de los hechos sociales, que no puede, ni debe, presionar en los individuos para obtener las reacciones que desearía estudiar”¹⁸⁴. Se comete un error cuando se cree que sólo se hace ciencia si se investiga fenómenos y se determinan leyes como las del mundo de la naturaleza que, *dada una causa*, se debe producir forzosamente como consecuencia *un efecto*. Se sostiene entonces que sólo en ese caso hay verdadero saber científico, y sólo en esa hipótesis hay investigación, negando en consecuencia el carácter de ciencia a las investigaciones que se realizan en el terreno de lo social y el Derecho. “Desprecian así la tarea del investigador social, que es mucho más ardua, pues no sólo debe indagar sobre las conductas que *son*, sino que debe superar esa mera situación fáctica, y procurar establecer las conductas que *deben ser*, y la correlación que existe entre ‘*ser*’ y ‘*deber ser*’ ”¹⁸⁵. Lo confirma MONROY CABRA: “el Derecho forma parte de la cultura, es vida humana objetivada, es un *deber ser*, implica valores como la justicia, el orden, la seguridad, la paz, el bien común, en general, la ordenación de la vida humana”¹⁸⁶. Como se aprecia, todos estos elementos, pertenecen al mundo de lo cualitativo.

El Derecho, no es como las ciencias físico-naturales, en las cuales el científico trata de aislar las *leyes del ser*, que indiquen “*dada esta causa se producirá siempre tal efecto*”, es decir, no todo fenómeno o hecho jurídico es causalista. En lo jurídico como sugiere MOISSET DE ESPANÉS, estamos en el campo del “*deber ser*” y a lo sumo alcanzamos a decir que: “*dada esta causa debería darse cierta conducta*”, teniendo también ciertos *valores*, para señalar

¹⁸⁴ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Op.cit.*, pp. 21-22.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 65.

¹⁸⁶ MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. 11ª Ed. Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis, 1998, p. 6.

el camino correcto, lo que no significa que cada individuo particularmente, frente a esa causa, vaya a responder con la conducta debida. La ley social se limita a determinar una conducta, y recomendarla como lo que *debe ser*¹⁸⁷.

Lo expresado nos lleva a afirmar, que en la investigación jurídica, no necesaria y obligatoriamente –como parece ser- tenemos que recurrir a métodos, técnicas y fuentes que corresponden a las ciencias de la naturaleza, como son la verificación y contrastación milimétricamente expuestas, con fórmulas y todo lo demás: universo, muestras, ámbitos de estudio, poblaciones, tiempo, expresados en gráficos y estadísticas. Cuando nos referimos al Derecho la asociamos a la idea básica de justicia. El Derecho es una expresión de la sociedad, pertenece al mundo de los objetos culturales y, por ende, significa que posee un sentido, tiene un contenido, objeto, funciones y fines que hace se la comprenda como un fenómeno espiritual. “El Derecho es un saber conceptual, que el jurista, al efectuar actos de comprensión, debe acudir a conceptos, juicios, ideales que le son suministrados por el ordenamiento jurídico (dogmática), pero al ser aplicados al caso concreto, implica una toma de posición axiológica, por cuanto deben valorar las conductas e interpretar las circunstancias”¹⁸⁸. En sentido estricto, una conducta humana sin valor no se comprende ni se entiende.

Para sostener aun más la esencia cualitativa del Derecho y que, en consecuencia, deberían tener presente los investigadores sobre los fenómenos jurídicos, son los fines del Derecho. El fin supremo del Derecho es la justicia. Tiene como fin la constante búsqueda de la justicia. La justicia como sustrato del Derecho es un valor cualitativo y es su esencia cualitativa lo que diferencia al Derecho de las demás ciencias. Por lo general casi todos los enfoques epistemológicos acerca del Derecho coinciden sobre el fin esencial del Derecho. Según RADBRUCH cuatro adagios muestran los principios supremos

¹⁸⁷ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Op. cit.*, p. 75.

¹⁸⁸ MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Op.cit.*, p. 23.

y las antinomias del Derecho. En frases admirable dice: “He aquí el primero: *Salus populi suprema lex est*; pero ya en segundo adagio responde: *Iustitia fundamentum, regnorum*: no es el bien común el fin supremo del Derecho, sino la justicia. Esta justicia, sin embargo, es una justicia suprapositiva, y no es la justicia positiva o, más exactamente, la legalidad, la que contempla nuestro tercer adagio así concebido: *Fiat iustitia pearing mundus*: la inviolabilidad de la ley debe ser colocada por encima del mismo bien común. A lo cual, en fin, el cuarto adagio objeta: *Summum ius, summa iniura*; la estricta observancia de la ley implica la injusticia más sublevante”¹⁸⁹. Como se puede apreciar, los fines supremos del Derecho vendrían a ser la justicia, el bien común¹⁹⁰ y la seguridad.

Para Le FUR, el fin del Derecho “consiste en garantizar que por la justicia, el orden y la seguridad, se creen las condiciones que permitan a los miembros del grupo realizar su bien, el bien de todos, el bien común”¹⁹¹. Igualmente J. T. DELOS señala: “El Derecho tiene siempre por materia o por fin un elemento de justicia, que el Derecho discierne en el complejo de la vida social y reviste de su formulismo positivo”¹⁹².

¹⁸⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofía del Derecho*, citado por MONROY CABRA, Marco Gerardo, p. 45.

¹⁹⁰ SANTO TOMAS coloca como característica fundamental de la ley el que persiga el bien común. Agrega que una tiranía no es justa, porque no está orientada hacia el bien común, sino que, por el contrario, se inspira en el bien particular del príncipe y, por consecuencia, una rebelión contra un gobierno de este género, no es “sedición”. Afirma también que las leyes humanas pueden ser justas o injustas. Son justas cuando se inspiran en el bien común, son injustas cuando el príncipe impone a sus súbditos el yugo de leyes que no se inspiran en ese bien, y estas pueden ser llamadas actos de violencia más bien que leyes, y no obligan en conciencia. En: *Summa Theologica*, 11ª II, 42, 2 y 96, 4.

¹⁹¹ LE FUR. *El fin del Derecho*, citado por MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Op.cit*, p. 44.

¹⁹² DELOS, J. T. *Los fines del Derecho*. México, Manuales Universitarios, 1967, p. 37.

“Ningún hombre de temperamento científico afirma que lo ahora es creído sea EXACTAMENTE verdad; afirma que es una etapa en el camino hacia la verdad...”

Bertrand RUSSEL

CAPÍTULO III

DIAGNÓSTICO DE LAS TESIS EN DERECHO DE LAS ESCUELAS DE POSTGRADO EN LA REGIÓN SUR DEL PAÍS

1. PREMISA

No nos anima pasar de *ensor* de los trabajos de investigación que se vienen elaborando para optar grados académicos de magíster en las Escuelas de Postgrado del país. Como cualquier investigador, nos remitimos a efectuar algunas observaciones de fondo y de forma que consideramos pertinentes para elevar el nivel académico, rigor científico y estandarizarlos en el contexto nacional e internacional, en tanto, los grados académicos de magíster, son otorgados en la condición de investigadores y expertos en el tema materia de la investigación.

Cada Universidad y Escuela de Postgrado, en uso de su autonomía universitaria, proponen sus propios esquemas para el desarrollo de los proyectos y tesis de investigación y, en otras, la dejan al criterio del investigador (caso de la Universidad Nacional San Antonio de Abad del Cusco y Universidad Nacional de San Agustín). En el primer caso, la consideramos correcta si ella constituye una recomendación u orientación metodológica para

el futuro graduando en maestría o doctorado, no siendo recomendable -que dicho esquema- se constituya en una norma obligatoria a la cual tengan que someterse rígidamente. La imposición de esquemas no es lo más conveniente académicamente. En el segundo caso, es menos recomendable dejarlo al arbitrio del investigador, pues, a partir de esta “libertad” obvian cumplir requisitos y presupuestos fundamentales que toda investigación debe cumplir. Debe evitarse en ambos casos los extremos.

En consideración a lo expuesto, en el presente Capítulo, analizamos aspectos de fondo y de forma de las tesis consideradas como unidades de investigación y como muestra representativa. Fueron analizadas 74 tesis de un total aproximado de 155 sustentadas, es decir, el 47.74 % en el período 2001 – 2006. En esta parte hacemos hincapié, que en todo el sur existen un promedio acumulado de 4,850 egresados de las maestrías en Derecho, de ese total lograron sustentar la tesis únicamente el 3.20 %. En este caso, lo que preocupa es el bajo porcentaje de los graduados en comparación a Escuelas de Postgrado de otras regiones y países.

No hemos comprendido el análisis de las tesis de doctor por las siguientes consideraciones: a) por cuestiones éticas, en tanto, para efectuar críticas a una tesis de doctor, somos del criterio que primeramente hay que ostentar dicho grado académico; y, b) las únicas Universidades en el sur del país que otorgan el títulos de doctor son la Universidad Católica de Santa María y la Universidad Nacional de San Agustín, aunque en esta última no se pudo tener acceso a dichas tesis, porque según nos informaron habrían cuestionamientos de la Asamblea Nacional de Rectores.

Los aspectos analizados y considerados como referencias en la forma y fondo están expuestas en gráficos y cuadros que explican la situación en que se halla la investigación jurídica en el sur del país, de la misma manera, hacemos un breve análisis de las probables causas de las deficiencias encontradas en las tesis sometidas a análisis.

2. TESIS DE MAGÍSTER DE LAS ESCUELAS DE POSTGRADO SOMETIDAS A ANÁLISIS

Inicialmente tuvimos la intención acceder al 100% de las tesis de magíster en las Escuelas de Postgrado del sur del país, lo que no se pudo concretizar por haberse presentado imponderables que impidieron cumplir dicho objetivo. En unos casos porque no todas las tesis se encuentran en las Bibliotecas; en otros, porque se extraviaron, o la atención displicente de sus servidores. En todo caso, las consultadas son suficientemente representativas sobre la situación en que se encuentra la investigación jurídica en el sur del país. De otro lado, hemos considerado exclusivamente las universidades que en sede principal desarrollan actividades académicas de postgrado. Las subsedes, filiales, extensiones y maestrías a distancia, se someten a la sede principal de la respectiva Escuela de Postgrado.

Las Universidades que vienen otorgando el grado académico de magíster y donde se han analizado las tesis en maestría son:

2.1. ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO DE ABAD DEL CUSCO

Se tiene que en esta Universidad Nacional, existen 20 menciones en maestrías, entre las cuales, la más antigua y numerosa es Derecho. Según informes de secretaría de la Escuela de Postgrado existen aproximadamente 800 egresados de los cuales tan solamente han logrado sustentar hasta inicios del 2007 20 tesis, es decir el 2.50 %. Entre las analizadas están:

- a) CCARHUARUPA Y BEJAR, Evangelina, 2006: *“La responsabilidad civil”*.

- b) CÓRDOVA HUAMANÍ, Máximo, 2007: *“Inscripción incompleta de partidas de nacimiento y procesos judiciales de rectificación en Juzgados de Paz Letrados del Cusco”*.
- c) JIMENEZ SAAVEDRA, Jesús, 2006: *“Separación de hecho”*.
- d) RODRIGUEZ AYERSE, CATIE, 2006: *“El concubinato y la necesidad de un Registro oficial”*.
- e) RODRIGUEZ MENDOZA, Jacinto Julio, 2002: *“El bien social y el cónyuge deudor”*.
- f) RODRIGUEZ AYERBE, Leonid Porfirio, 2007: *“Los medios sucedáneos en la decisión judicial del divorcio por causal de adulterio”*.
- g) ROZAS ESCALANTE, Francisco, 2007: *“Calidad de la formación del abogado en la Universidad San Antonio de Abad del Cusco”*.
- h) VARGAS SOTA, Javier, 2007: *“Adopción de menores en abandono judicial”*.

2.2. ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO – PUNO

Se ha informado que durante los años de funcionamiento de la Escuela de Postgrado han egresado más de 600 en Derecho en las diferentes menciones de los cuales han sustentado la tesis de magíster 14, es decir, el 3.33 % de ellos han sido analizadas las siguientes tesis:

- a) GALLEGOS PAZ, Darwin Jonson, 2005: *“La acción de amparo contra resoluciones judiciales: su desnaturalización jurídica en la práctica judicial del distrito judicial de Puno – 2001 – 2003”*.
- b) CHURA PÉREZ, Rita Marlene, 2005: *“Violencia familiar y las medidas de protección en la Región Puno”*.

- c) PINEDA GONZALES, José Alfredo, 2003: *“La naturaleza jurídica de la tutela y la protección del adulto mayor”*.
- d) QUINTANILLA CHACÓN, Manuel León, 2005: *La violencia política y los derechos humanos en la Región Puno, 1980 – 2000”*.
- e) QUISPE VARGAS, Edwin Hugo, 2005: *“Las notificaciones y su incidencia en el derecho de defensa y el debido proceso penales del distrito judicial de Puno”*.
- f) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Mauricio, 2005: *“Abuso de derecho por parte de las empresas en el sistema financiero en la ejecución de títulos valores dados en garantía – Puno 2004”*.
- g) SÁNCHEZ PARRA, Alcides Nicanor, 2005: *“La desnaturalización del contrato de locación de servicios”*.
- h) SUNI HUANCA, Jesús, 2005: *“Consecuencias del vacío legal sobre la vocación sucesoria de los concubinos en el ordenamiento jurídico peruano”*.

2.3. ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD ANDINA “NÉSTOR CÁCERES VELÁSQUEZ”. JULIACA – PUNO

Los egresados en la Escuela de Postgrado en Derecho, mención Derecho Civil y Comercial son aproximadamente 350; los que han optado el grado de magíster alcanzan a 9, es decir, el 2.57 % y son los siguientes:

- a) ARANZAMENDI NINACONDOR, Zoilo Lino, 2005: *“El control difuso y la administración de justicia en los procesos de alimentos – Juliaca 2000 – 2004”*.
- b) BRICEÑO JIMENEZ, Vicente Rufino, 2006. *“Las víctimas en accidentes de tránsito y la responsabilidad extracontractual en la provincia de San Román – Juliaca”*.

- c) CHAMBI ARI, Raúl Alcides, 2006: *“El derecho de alimentos y los principios de economía, concentración y celeridad procesal en la administración de justicia – Juliaca 2000 – 2004”*.
- d) CHOQUEHUANCA CALSINA, José Domingo, 2006. *“Efectos del sistema jurídico y el poder irrevocable en las instituciones públicas y privadas de la ciudad de Juliaca, año 2005”*.
- e) LÓPEZ LUNA, Ruth, 2006: *“El Código Civil y el derecho al nombre en consideración al género de las personas naturales”*.
- f) ORTÍZ CANSAYA, Aurelio, 2005. *“Garantía constitutiva de la unión de hecho en el Código Civil Peruano”*.
- g) PÉREZ ORDOÑEZ, Katty Agripina, 2005. *“Aplicabilidad y efectividad del Derecho ambiental frente al desarrollo rural sostenible en Puno”*.

2.4. ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA –AREQUIPA

Se tiene que es la Universidad con el más alto índice de graduados en maestría y doctor en el sur del país. De un total aproximado de 600 egresados en Derecho, han sustentado la tesis para optar el grado de magíster aproximadamente 60, es decir, el 10 % En consideración a los años propuestos para la investigación se han analizado las siguientes 23 tesis:

- a) ACOSTA GUILLEN, Maribel, 2003. *“Factores jurídicos que determinan la renuncia de la acción indemnizatoria de los clientes por responsabilidad civil del abogado en una relación contractual”*.

- b) ALVAREZ DUEÑAS, Pedro, 2005: *“Naturaleza jurídica del contrato de riesgo compartido o de joint venture y estudio del caso en el Perú – 2004”*.
- c) AQUIZE DÍAZ, Jonny Virginia, 2005: *Tratamiento de la violencia familiar en la legislación peruana y comparada”*.
- d) CORNEJO GUTIERREZ-BALLÓN, María Lucía del Pilar, 2005: *“Abogacía y género en la ciudad de Arequipa durante los años 1993 – 2004”*.
- e) CHÁVEZ VALDIVIA, Ana Karín, 2003. *“El Derecho empresarial informático en Internet y el uso de la microforma digital. Arequipa, 2003”*.
- f) DEL CARPIO BARREDA, Kenneth Fernando, 2005: *“Inconstitucionalidad del cobro de tasas o aranceles judiciales en el Perú, 2004”*.
- g) FERNÁNDEZ GÁRATE, Miriam Aurora, 2005: *“Efectos sociales y jurídicos de la nueva causal de divorcio sobre separación de hecho incorporada por la Ley N° 27495 en los juzgados de familia de la Corte Superior de Arequipa, entre julio del 2001 a junio 2004”*.
- h) GUEVARA AGOSTINELLI, Eduardo Ronald, 2005: *“La incidencia de la violencia familiar en los juzgados competentes de la provincia de Arequipa entre los años 2002 – 2003”*.
- i) HUANCA APAZA, Héctor Federico, 2005: *“Factores y consecuencias jurídicas que originan los actos de disposición fraudulenta de los deudores en el derecho de crédito en los juzgados civiles de Arequipa, 1998 – 2000”*.
- j) HURTADO MAZEYRA, Isabel Cristina, 2006. *“Uso de la criminalística en la escena del crimen en delitos de homicidio doloso en los expedientes penales de la Corte Superior de Arequipa cercado 2003 – 2004”*.

- k) IBARRA VALDIVIA, César, 2005. *“Aplicación del juzgamiento anticipado en las tercerías de dominio en los juzgados civiles de Arequipa – 2005”*.
- l) MARRÓN MORALES, Yesenia Margarita, 2006: *“El derecho de autor frente a la piratería de libros. Arequipa 2000 – 2005”*.
- m) MARROQUÍN MOGROVEJO, Julio René, 2006: *“El derecho de acción de los hijos matrimoniales, su padre y su madre biológica casada frente a la contestación de la paternidad en el Código Civil peruano de 1984”*.
- n) MEDINA CHÁVEZ, Renzo Manuel, 2003. *“Carencia de protección jurídica en las uniones de hecho en el Código Civil peruano de 1984 – Arequipa”*.
- o) MONTOYA BORNÁS, Ricardo René, 2005: *“Consecuencias jurídicas de las técnicas de reproducción humana asistida en la ciudad de Arequipa a la luz de la legislación en el Perú 2004”*.
- p) OVIEDO ZEVALLOS, María Lourdes, 2005: *“Consecuencias sociales y jurídicas de la violencia familiar en el módulo básico de justicia de Mariano Melgar (Arequipa en el 2004 – 2005)”*.
- q) QUIJANO CASTAÑEDA, Angeli Aveli, 2005: *“El principio del interés superior del niño en los procesos judiciales de abandono de niños adolescentes de los juzgados especializados de familia en la ciudad de Arequipa de junio del 2002 a mayo del 2003”*.
- r) ROSADO MÁLAGA, Sandra Raquel, 2005: *“El sistema de administración de justicia en el Perú y la reingeniería del Poder Judicial. Arequipa, 2005”*.
- s) RUBIO ZEBALLOS, Rufo Isaac, 2003. *“Repercusión de los factores jurídicos y socio-educativos de la conciliación”*

en la solución pacífica de conflictos laborales en la ciudad de Arequipa 1998 – 2001”.

- t) SALAS BECERRA, Mariela Rocío, 2004. *“El maltrato a menores en la ciudad de Arequipa. Año 2002 – 2003”.*
- u) VALDIVIA CANO, Juan C., 2005: *“Derecho y moral en el sistema jurídico peruano”.*
- v) VARGAS FERNANDEZ, Luís Guillermo, 2004. *“La seguridad jurídica y la buena fe en los contratos de compraventa internacional. Arequipa 2003”.*
- w) ZEGARRA TEJADA, Francis María Eugenia, 2003. *“Los ilícitos de los derechos de autor, piratería editorial – incidencia económica”.*

2.5. ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN – AREQUIPA

Según informes referenciales recabados en Secretaría de la Decanatura de la Facultad de Derecho y la Coordinación de Derecho en la Escuela de Postgrado de la UNSA, existirían más de dos mil egresados en las diferentes menciones en Derecho, de los cuales no más de 30 han optado el grado académico de magíster, es decir, el 1.5 %. Se ha consultado solamente las que obran en la Biblioteca en un número de 18 y son las siguientes:

- a) ALVARADO RIOS, James Abel, 2002. *“Naturaleza jurídica y eficacia de la acción de cumplimiento (Arequipa 1994 – 2001).*
- b) AMPUERO BEGAZO, Jorge Félix, 2002. *“Tipificación de los delitos de función en la legislación peruana siguiendo el método de la moderna dogmática jurídica penal”.*
- c) ARMAZA GALDOS, Julio Emilio, 2002. *“El estado de necesidad justificante al estado de necesidad defensivo. El error sobre las justificantes”.*

- d) BELLO BANDACH, Eric, 2003. *“El hábeas corpus y las detenciones policiales”*.
- e) DEL CARPIO RODRIGUEZ, Columba María del Socorro Melenia, 2002. *“El derecho a la identidad cultural como sustento del pluralismo jurídico”*.
- f) MONTES DE OCA VELARDE, César, 2000. *“El delito de función y los derechos humanos en los regímenes de excepción”*.
- g) MUÑOZ PANTIGOSO, Wander Saúl, 2002. *“El fuero militar, importancia jurisdiccional de su existencia constitucional y ámbito de su competencia”*.
- h) NÚÑEZ TAMAYO, Saúl Jesús, 2004. *“Renovación de cuadros y vulneración de los derechos fundamentales en oficiales de la Policía Nacional del Perú (Arequipa 2001 – 2004)”*.
- i) OROSCO VEGA, Eloy Guillermo, 2004. *“Aplicación de principios y técnicas de conciliación como medio para lograr la eficiencia en el proceso”*.
- j) PAREDES BEDREGAL, Emmel, 2003. *“La cobranza coactiva y el debido proceso”*.
- k) PARI TABOADA, Róger, 2005. *“Criterios jurídicos en la cuantificación del daño a la persona en el módulo básico de justicia de Paucarpata. Arequipa 2001 – 2003”*.
- l) PÉREZ VERA, Juan Alfonso, 2003. *“Propuestas para una auténtica autonomía e independencia de la administración de justicia militar en el Perú”*.
- m) RODRIGUEZ, José Antonio, 2004. *“El otorgamiento al juez militar permanente de la facultad de aperturar y sentenciar en las causas por delitos contemplados en el proceso penal sumario”*.

- n) *ROQUE RUIZ RUESTA, José, 2003. “¿Qué condición tiene la mayoría calificada para declarar la inconstitucionalidad de las leyes?”.*
- o) *SACCA URDAY, Yamile, 2004. “Análisis comparativo entre el parlamento unicameral introducido por la Constitución de 1993 y el sistema bicameral adoptado por las constituciones anteriores”.*
- p) *SALINAS MÁLAGA, Ricardo Pablo, 2003. “La medida cautelar en el proceso de amparo”.*
- q) *TORREBLANCA DE VELASCO, Angel, 2004. “Análisis de la valoración de la prueba por los jueces instructores militares”.*
- r) *YUCRA CARITA, Yolanda Edith, 2005. “Tutela de la identidad frente a los avances de la informática”.*

2.5. ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA

Según informes recabados en la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna, del 2000 al 2007 sustentaron la tesis de magíster en Derecho, mención Derecho Civil y Comercial, 16 de un total de 500 egresados aproximadamente, es decir, el 3.20 % de las cuales se han analizado 10 tesis. En cambio, en la Universidad Nacional “Jorge Basadre G.”, no existía todavía ningún graduado a pesar de tener aproximadamente 150 egresados. Las tesis en Derecho analizadas en la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna fueron:

- a) *ESCALANTE MEDINA, Jorge Luís, 2005. “Las articulaciones y su impugnación en el proceso civil peruano en los distritos judiciales de Tacna y Moquegua”.*

- b) ZEGARRA RAMÍREZ, Gonzalo, 2005. *“El recurso de casación y el principio de socialización del proceso civil peruano en el distrito judicial de Tacna”*.
- c) GARCÍA SANDOVAL, Víctor., 2006. *“Efectos de la autoridad de cosa juzgada en el proceso constitucional de amparo regulada en el artículo 6º del Código Procesal Constitucional”*.
- d) DENEGRI SOSA, Mario Guillermo, 2005. *“Despenalización del aborto por indicación eugenésica”*.
- e) NINA COHAILA, Víctor Hugo, 2004. *“El contrato de locación de servicios y sus implicancias en relación con el contrato de trabajo en Tacna”*.
- f) CORNEJO RODRIGUEZ, Víctor Javier, 2004. *“Dificultades de la formalización de la propiedad rural en la Región Moquegua”*.
- g) CÁCERES CÁCERES, Milagros Jessica, 2003. *“Factores que limitan el proceso de violencia familiar en el distrito judicial de Tacna y Moquegua 1997 – 2001”*.
- h) JIMENEZ DOMINGO, Diógenes, 2000. *“Inestabilidad jurídica y desempleo en la zona Franca de Tacna 1990 – 1997”*.
- i) ZEVALLOS ALE, Alberto, 2000. *“Conflicto y límites de jurisdicción, competencia y autonomía de la justicia militar en el fuero común”*.

- j) OBANDO BRAVO, Jackeline M, 2005. *“Medidas cautelares en bienes comunes del régimen de sociedades gananciales por deudas de uno de los cónyuges”*.

Las tesis analizadas como muestra representativa suman un total de 74, que constituye el 100 por ciento de tesis sometidas a evaluación, número significativo para tener una clara idea del nivel en que se halla la investigación jurídica en las Escuelas de Postgrado en el sur del país. El número de trabajos de investigación analizados, representa el 47 % del total de tesis sustentadas en el período que abarcó los estudios de la presente tesis.

3. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

Para el análisis de las tesis se ha considerado diversas variables e indicadores. Las más significativas están referidas al enfoque de investigación, al método jurídico utilizado, la tipología y materia investigativa, grado de aporte al Derecho, las técnicas y fuentes de investigación, el dominio de la referencia bibliográfica, entre otros aspectos que se detallan. Ellos están expuestos en gráficos y cuadros con su respectiva interpretación.

En el primer gráfico y cuadro se considera el enfoque considerado en la investigación: cualitativo, cuantitativo o mixto. Como se aprecia, tan solamente el 33.78 % de tesis ha sido elaboradas bajo esta orientación, a pesar de ser el Derecho, como dijimos es una ciencia eminentemente cualitativa. En cambio tenemos que el 47 % se orienta por el enfoque cuantitativo y tan solamente el 18.92 % por el mixto.

En el segundo gráfico y cuadro consideramos el método i/o métodos jurídicos utilizados en la investigación. Los métodos más utilizados en las investigaciones jurídicas son el exegético y el funcionalismo con el 39.06 % y 31.25 % respectivamente; mientras que los métodos dogmático lo hicieron únicamente el 23.44 %; con el socio-jurídico el 3.91 %; con el histórico el 0.56

% y el *jusnaturalismo* el 0.78 %. La sumatoria varía, por cuanto más de una tesis ha utilizado indistintamente diferentes métodos.

En el tercer gráfico y cuadro, exponemos el tipo o la tipología de investigación. Igualmente, señalamos que algunas tesis han optado por más de una tipología. Con respecto a la tipología, tenemos que más del 51.02 % son tesis descriptivas; el 25 % propositivas; el 10.21 % histórico-jurídicos; el 9.18 % jurídico-comparativos; el 3.06 % jurídico proyectivos; el 1.02 % jurídico – exploratorio. También la sumatoria varía por cuanto más de una tesis ha utilizado indistintamente más de una tipología.

En el cuarto gráfico y cuadro se detalla la materia jurídica específica tratada en la investigación. En esta parte se denota la preferencia por desarrollar temas relacionadas la Derecho de Familia, Derecho Procesal Civil y Derecho Civil, respectivamente. En cambio temas relacionados al Derecho Ambiental, Derecho Procesal Penal, Derecho Judicial, Derecho Minero y Derecho Agrario son los menos tratados.

En el quinto gráfico y cuadro opinamos sobre el número de tesis consideradas aportes jurídicos a la ciencia del Derecho y aquellas que no están en esa dimensión. Como se percibe tan solamente el 40.54 % con aportes al Derecho en materia procesal; el 13.51 % son aportes al Derecho sustantivo; el 6.76 % a la doctrina; en cambio el 39.19 % no constituyen aporte alguno a la ciencia del Derecho.

En el sexto gráfico y cuadro, se expone el ámbito de investigación: local, regional o sin ámbito. En esta parte, mayoritariamente con el 60.81 % las tesis contienen un ámbito de investigación local; un 9.46 % contiene un estudio regional; y un 29.73 % no tiene ámbito, lo que quiere decir, son estudios desarrollados sobre aspectos teóricos. Nótese que no existen estudios de carácter nacional.

El sétimo gráfico y cuadro, detalla las técnicas y fuentes más comunes utilizadas en la realización de los trabajos de investigación. Como fuente principal tenemos a los textos y publicaciones periódicas con el 28.95 % y la jurisprudencia con el 21.05 %. En cambio dentro las técnicas más usadas tenemos a la estadística con el 28.95 %; las encuestas con el 7.90 %; las entrevistas con el 5.26 %; la observación con el 4.21 %; y los cuestionarios con el 3.68 %. También debemos aclarar, que más de una tesis ha utilizado indistintamente varias fuentes y técnicas por lo que varía la sumario total de tesis.

El octavo gráfico y cuadro indica el número de tesistas que han el INTERNET como fuente de información para complementar sus trabajos de investigación. Así tenemos que tan solamente el 39 % recurrieron a esta fuente, mientras que mayoritariamente con el 60.81 % no lo utilizaron.

El noveno gráfico y cuadro, explica el uso de la referencia bibliográfica a pie de página. El estudio expresa que el 83.78 % sí usaron la referencia bibliográfica a pie de página; sin embargo, un 16.22 % no usaron. No se concibe una tesis sin referencia bibliográfica a pie de página como aspecto formal de la misma.

El décimo gráfico y cuadro, expresa la forma del uso de la referencia bibliográfica en la elaboración de la tesis. En el uso de la referencia bibliográfica debe cumplirse determinadas normas de carácter universal. En los casos analizados, tan solamente el 17.57 % usa correctamente la referencia bibliográfica, en cambio, el 82.43 % lo hace incorrectamente, lo que representa el 100 %.

El décimo primer gráfico y cuadro indica el número de referencia bibliográfica especializada recurrida en la realización de la investigación. Al respecto se tiene que el uso del número de la referencia bibliográfica es fundamental en las tesis de Derecho. Sin embargo, el 59.46 % de tesis usaron

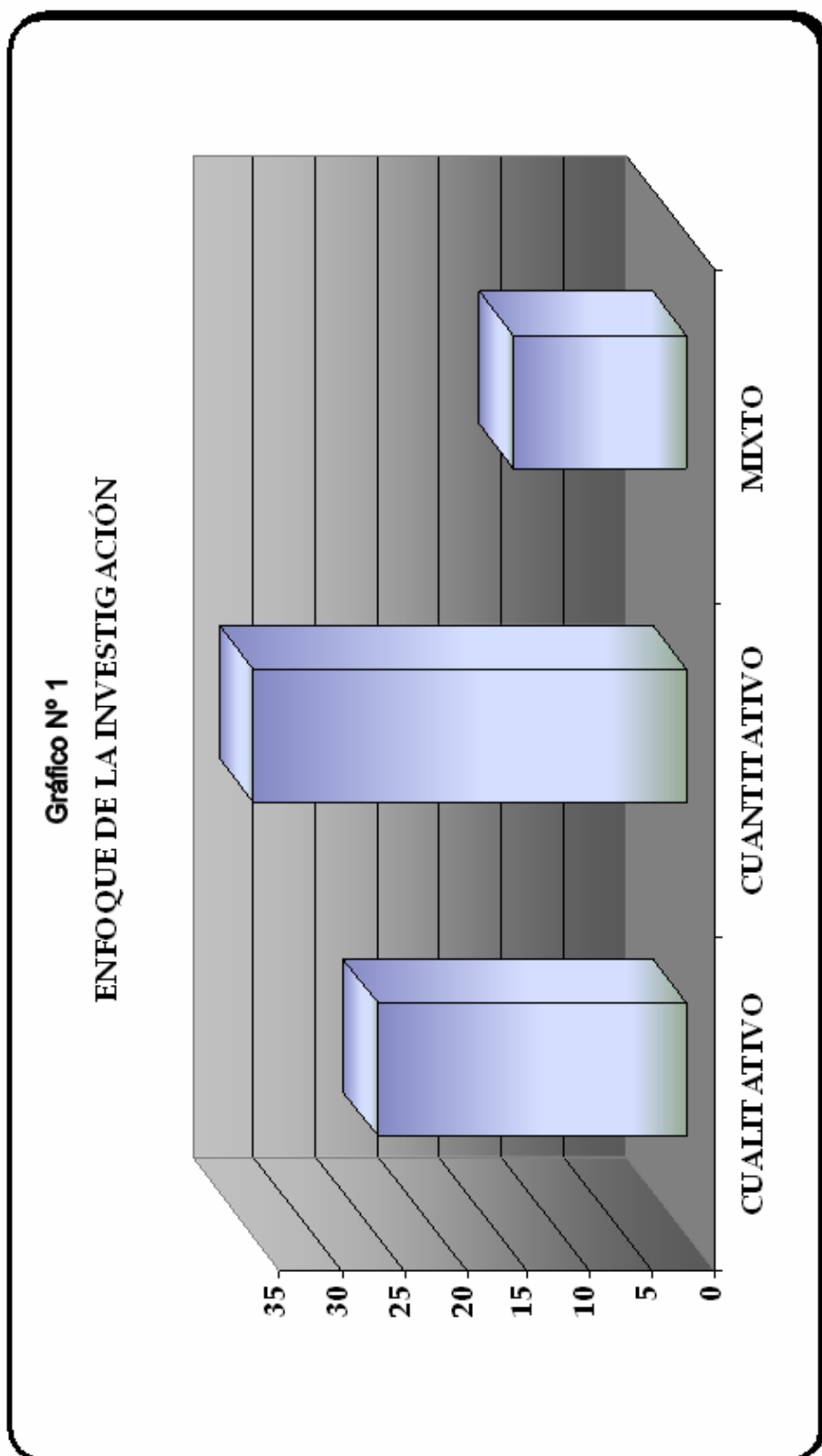
únicamente de 20 a 50 referencias bibliográficas; el 18.92 % usaron de 50 a 80; el 18.92 % menos de 20 tesis; más de 80 referencias bibliográficas el 2.70 %.

El décimo segundo gráfico y cuadro indica el número de bibliografía extranjera utilizada en la investigación. También el caso es elocuente, el 35.13 % utilizaron del 3 a 10 referencias bibliográficas extranjeras; el 27.03 % de 10 a 20; el 21.62 % más de 20 referencias; y 16.22 % menos de 3 referencias.

El décimo tercer gráfico y cuadro señala el número de páginas de las tesis. Sostenemos que las tesis de postgrado en Derecho según los estándares internacionales deben sobrepasar de 200 páginas como mínimo. En nuestro medio regional, tan solamente el 20.27 % tienen más de 200 páginas; de 150 a 200 páginas alcanza el 32.43 %; de 100 150 páginas el 36.49 %; y menos de 100 páginas el 10.81 %.

El décimo cuarto gráfico y cuadro, es una referencia del número de capítulos de las tesis. En esta parte formal, también resulta importante señalar que el 35.15 % tiene más de 4 capítulos; de 2 a 4 capítulos representa el 44.59 %; sin embargo existe un 20.27 % que tienen de 01 a 02 capítulos. Lo recomendable es que una tesis de maestría deba tener cuanto menos más de 3 capítulos.

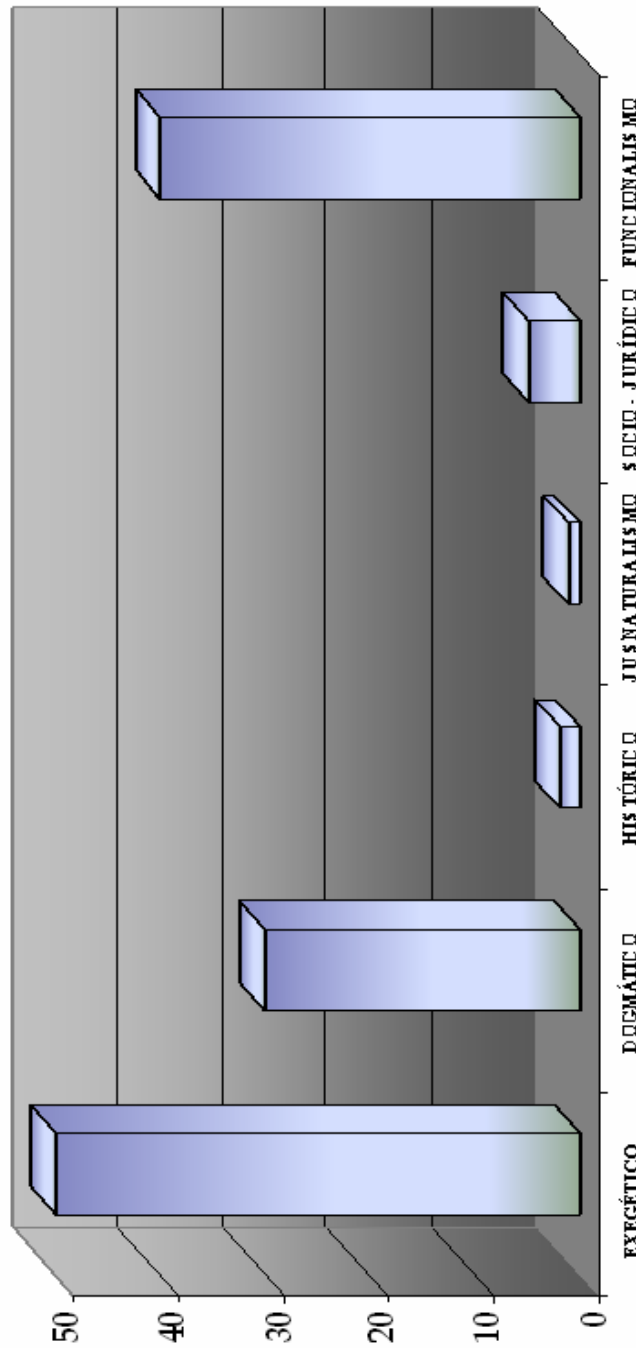
Los gráficos y cuadros expuestos detallan el estado en que se encuentra en el fondo y la forma las investigaciones expresadas en las tesis de maestría en Derecho en las Escuelas de Postgrado del sur del país.



Cuadro N° 1

| ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN | |
|-----------------------------|----|
| CUALITATIVO | 25 |
| CUANTITATIVO | 35 |
| MIXTO | 14 |

Gráfico Nº 2
MÉTODOS UTILIZADOS EN LA INVESTIGACIÓN

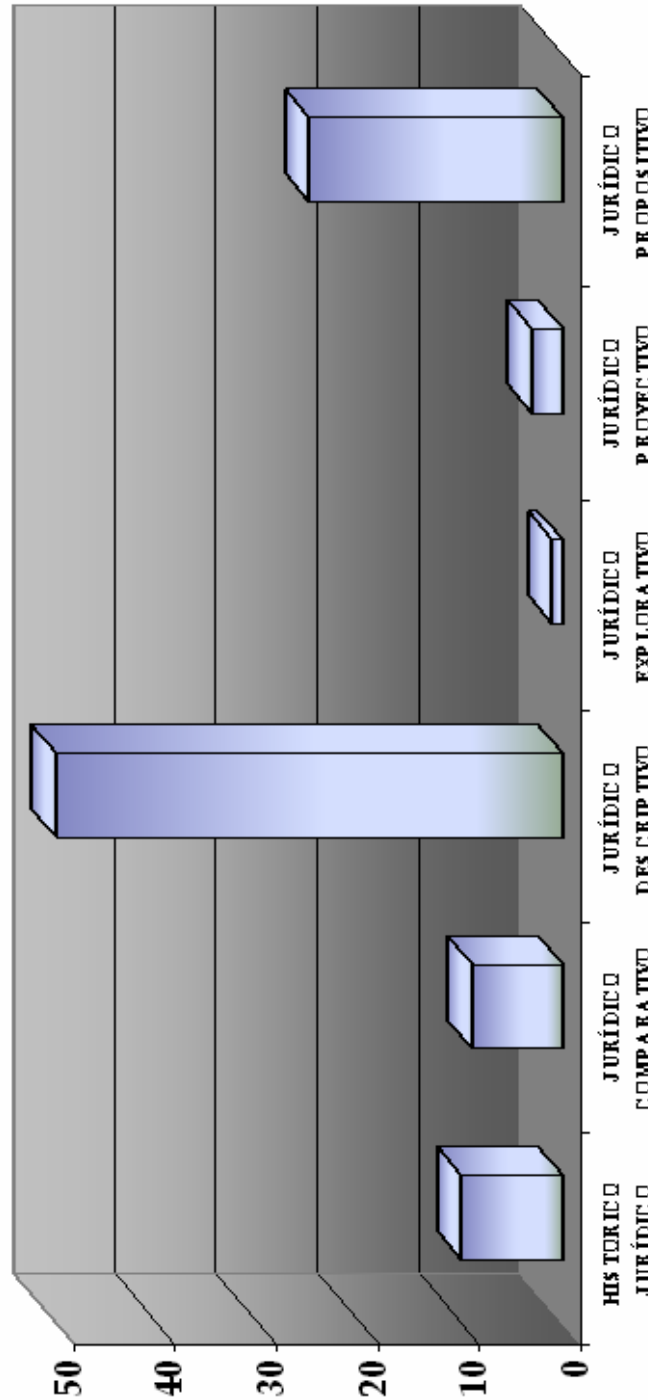


Cuadro 2

ENFOQUE DE LA INVESTIGACION

| ENFOQUE | 2 | 1 | SOCIO - JURIDICO | FUNCIONALISMO |
|---------|----|---|------------------|---------------|
| EXEGENO | 30 | 1 | 5 | 40 |

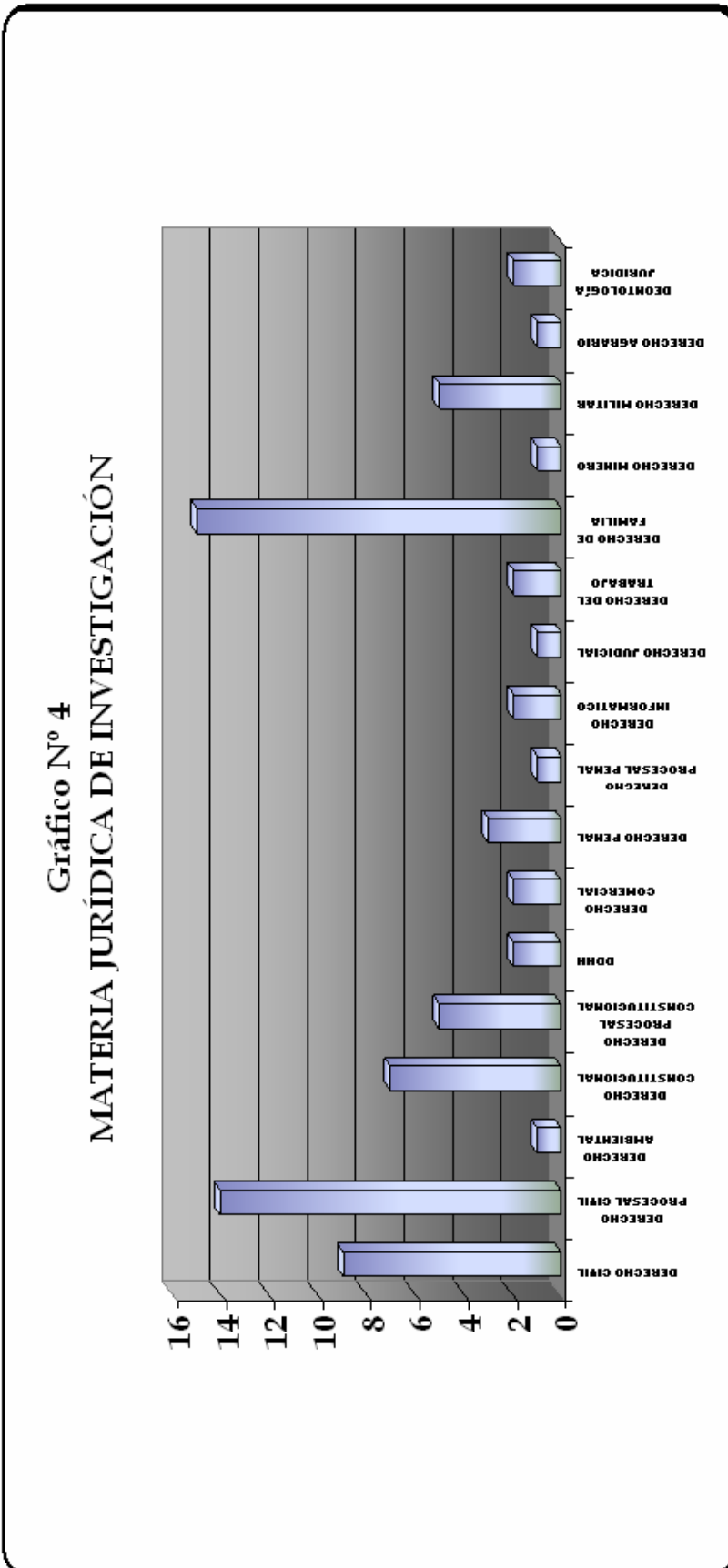
Gráfico N° 3
TIPOS DE INVESTIGACIÓN



Cuadro N° 3

TIPOS DE INVESTIGACIÓN

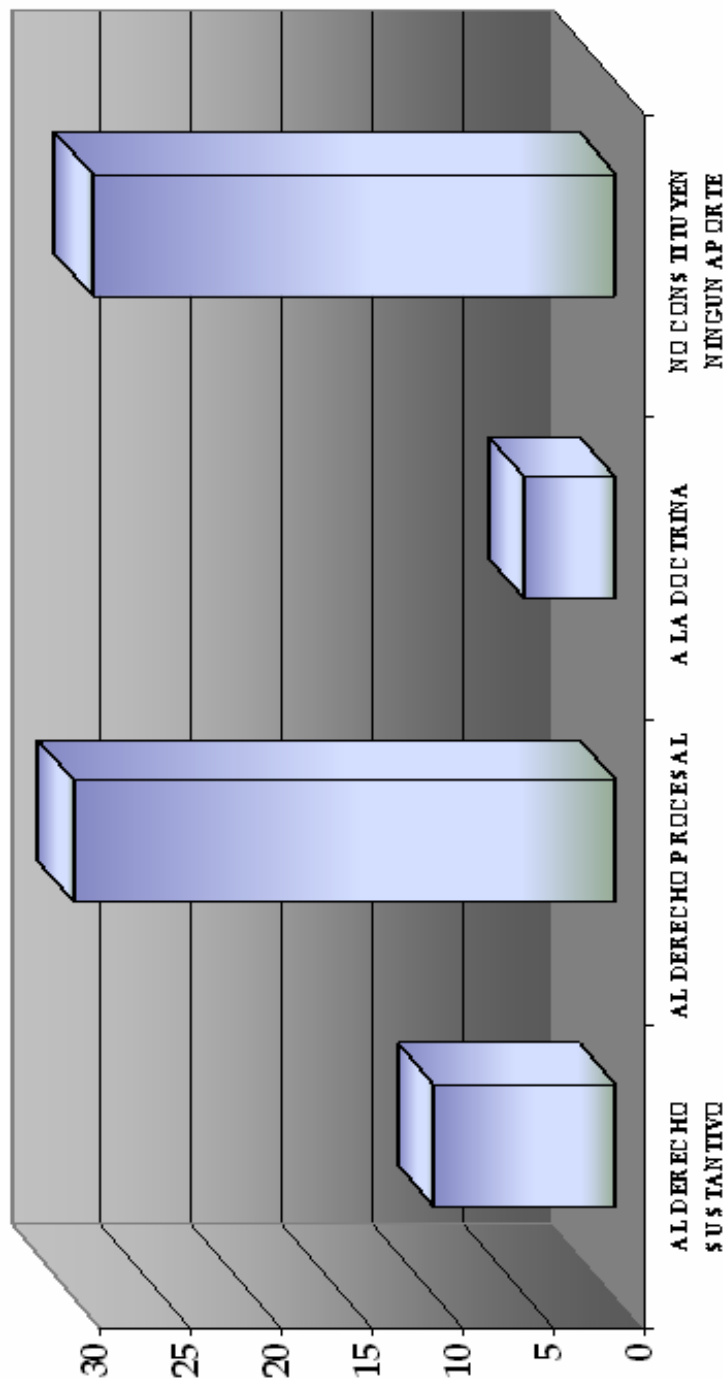
| | | TIPOS DE INVESTIGACIÓN | | | | |
|--------------------|----|------------------------|----------------------|----------------------|---------------------|----------------------|
| | | JURÍDICO COMPARATIVO | JURÍDICO DESCRIPTIVO | JURÍDICO EXPLORATIVO | JURÍDICO PROYECTIVO | JURÍDICO PROPOSITIVO |
| HISTÓRICO JURÍDICO | 10 | 9 | 50 | 1 | 3 | 25 |



Cuadro N° 4
MATERIA JURÍDICA DE INVESTIGACIÓN

| | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|---|------------------------|------------------------|-------------------|------------------------|---------------------------------|---------------------------------|------|-------------------|---------------|------------------------|---------------------|------------------|---------------------|--------------------|--------------------|-----------------|-----------------|----------------------|
| 9 | DERECHO CIVIL | 14 | 1 | 1 | 7 | 5 | 2 | 2 | 3 | 1 | 2 | 1 | 2 | 16 | 1 | 5 | 1 | 2 |
| | DERECHO PROCESAL CIVIL | DERECHO PROCESAL CIVIL | DERECHO AMBIENTAL | DERECHO CONSTITUCIONAL | DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL | DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL | DDHH | DERECHO COMERCIAL | DERECHO PENAL | DERECHO PROCESAL PENAL | DERECHO INFORMATICO | DERECHO JUDICIAL | DERECHO DEL TRABAJO | DERECHO DE FAMILIA | DERECHO DE FAMILIA | DERECHO MILITAR | DERECHO AGRARIO | DEONTOLOGIA JURIDICA |

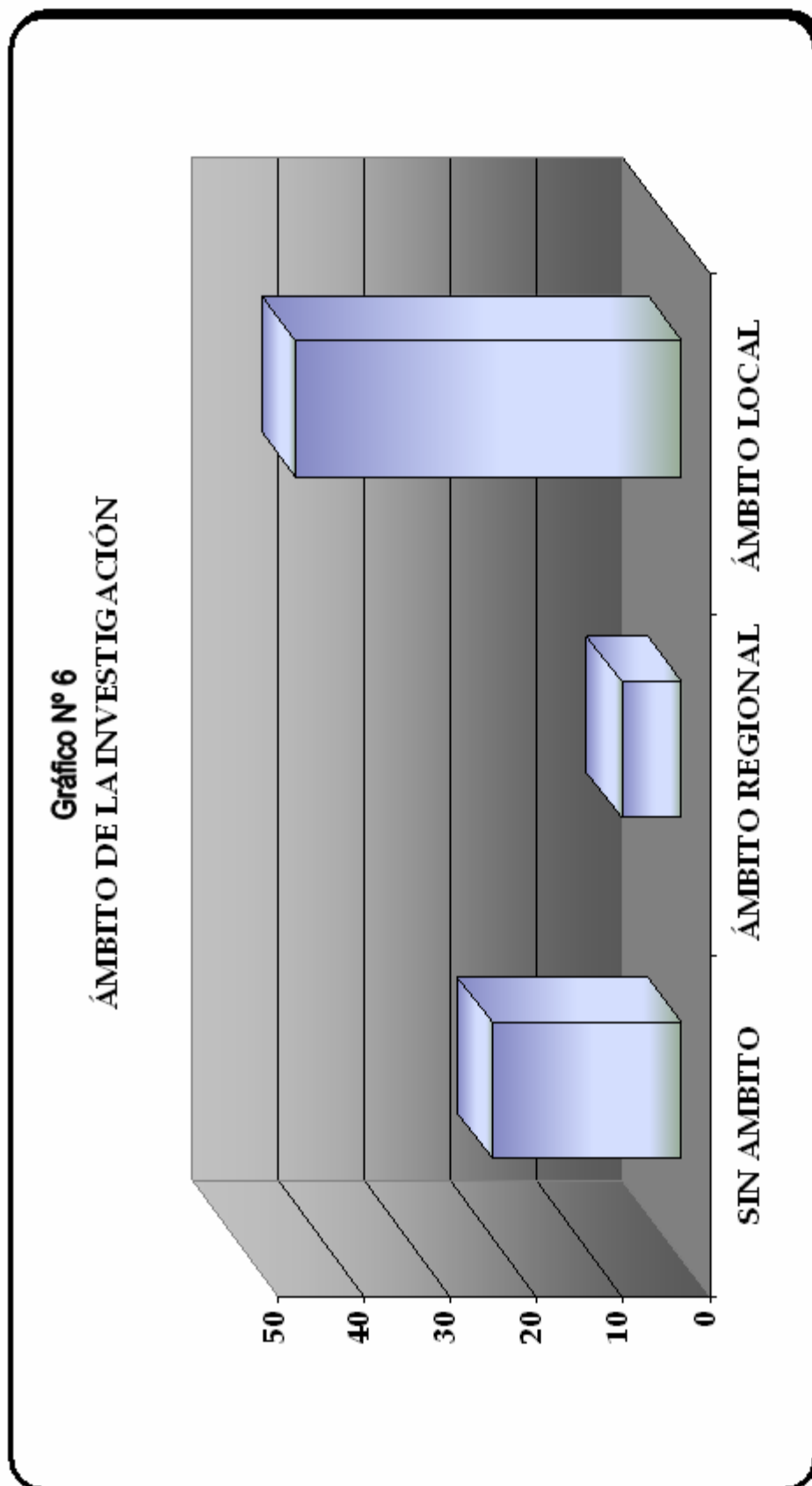
Gráfico Nº 5
TESIS QUE CONSTITUYEN APORTES JURÍDICOS



Cuadro Nº 5

TESIS QUE CONSTITUYEN APORTES JURÍDICOS

| | | | |
|-----------------------|---------------------|---------------|------------------------------|
| 10 | 30 | 5 | 29 |
| AL DERECHO SUSTANTIVO | AL DERECHO PROCESAL | A LA DOCTRINA | NO CONSTITUYEN NINGUN APORTE |

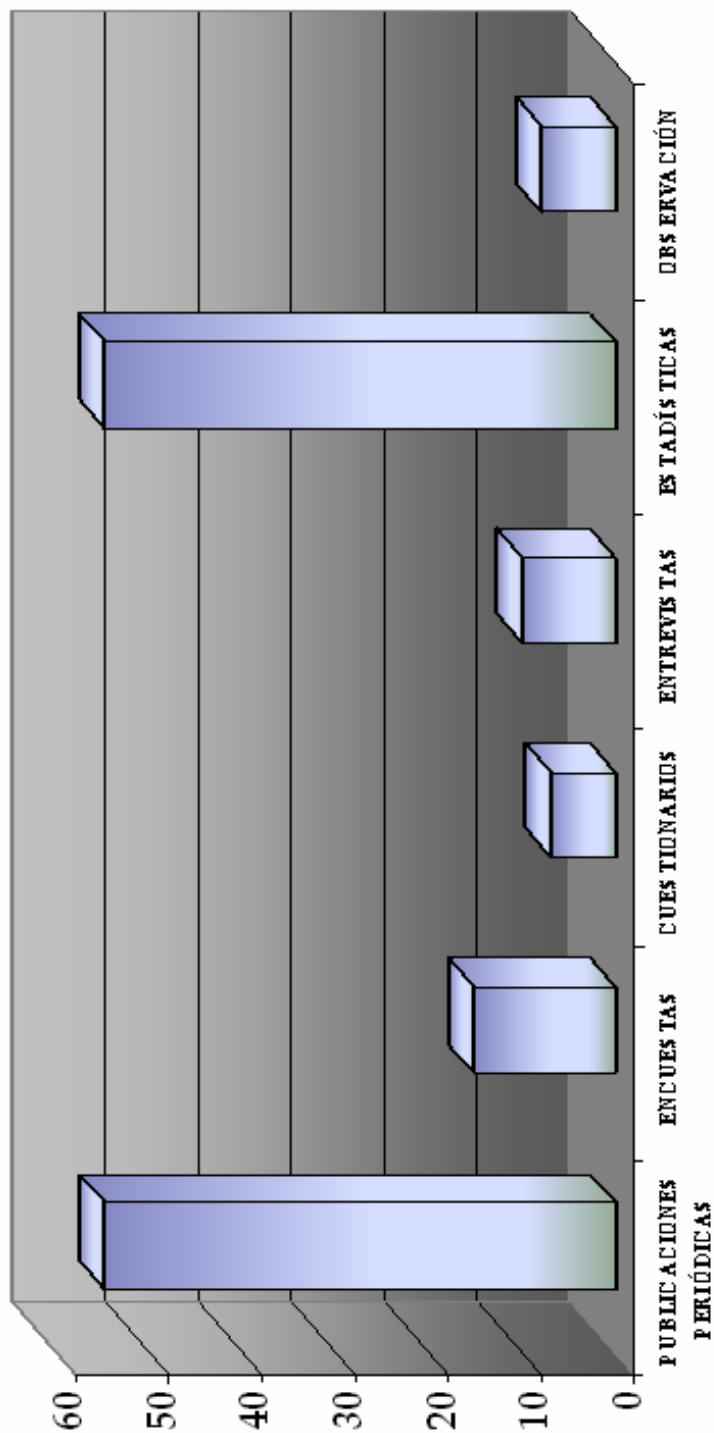


Cuadro N° 6

| ÁMBITO DE LA INVESTIGACION | |
|----------------------------|-----------------|
| 22 | 7 |
| SIN ÁMBITO | ÁMBITO REGIONAL |
| | ÁMBITO LOCAL |

Gráfico N° 7

TÉCNICAS Y FUENTES DE INVESTIGACIÓN

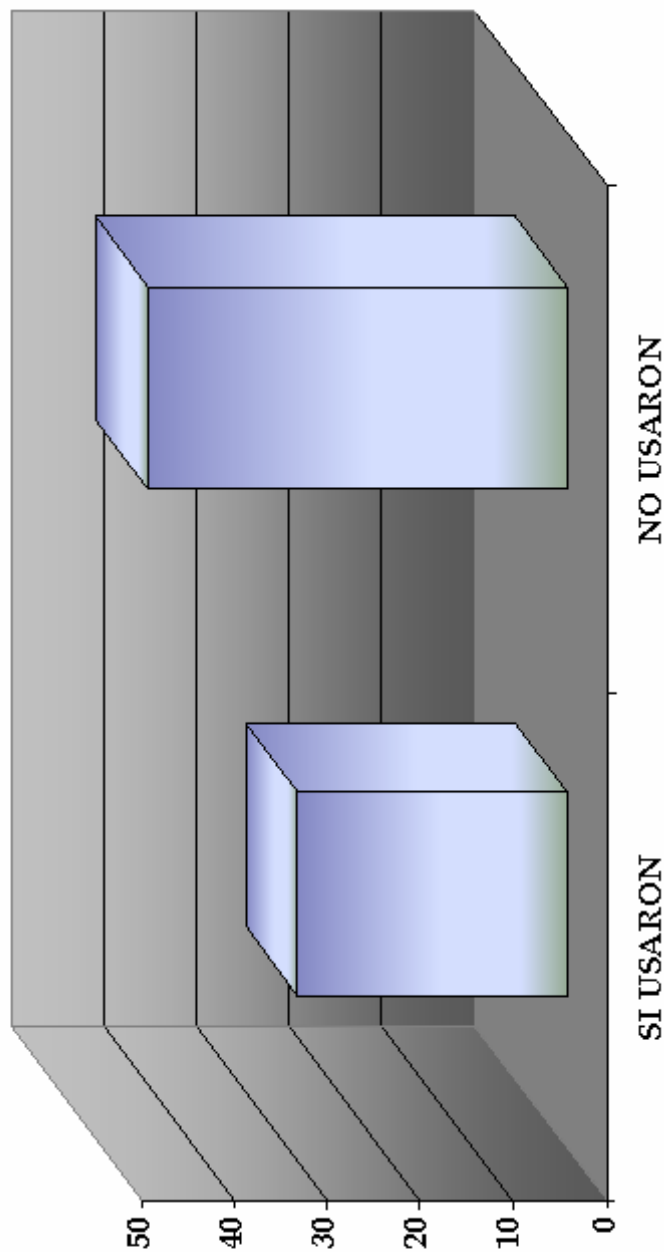


Cuadro N° 7

TÉCNICAS Y FUENTES DE INVESTIGACIÓN

| | | | | | |
|--------------------------|-----------|---------------|-------------|--------------|----------------|
| 55 | 15 | 7 | 10 | 55 | 40 |
| PUBLICACIONES PERIÓDICAS | ENCUESTAS | CUESTIONARIOS | ENTREVISTAS | ESTADÍSTICAS | OBSERVACIÓN |
| | | | | | JURISPRUDENCIA |

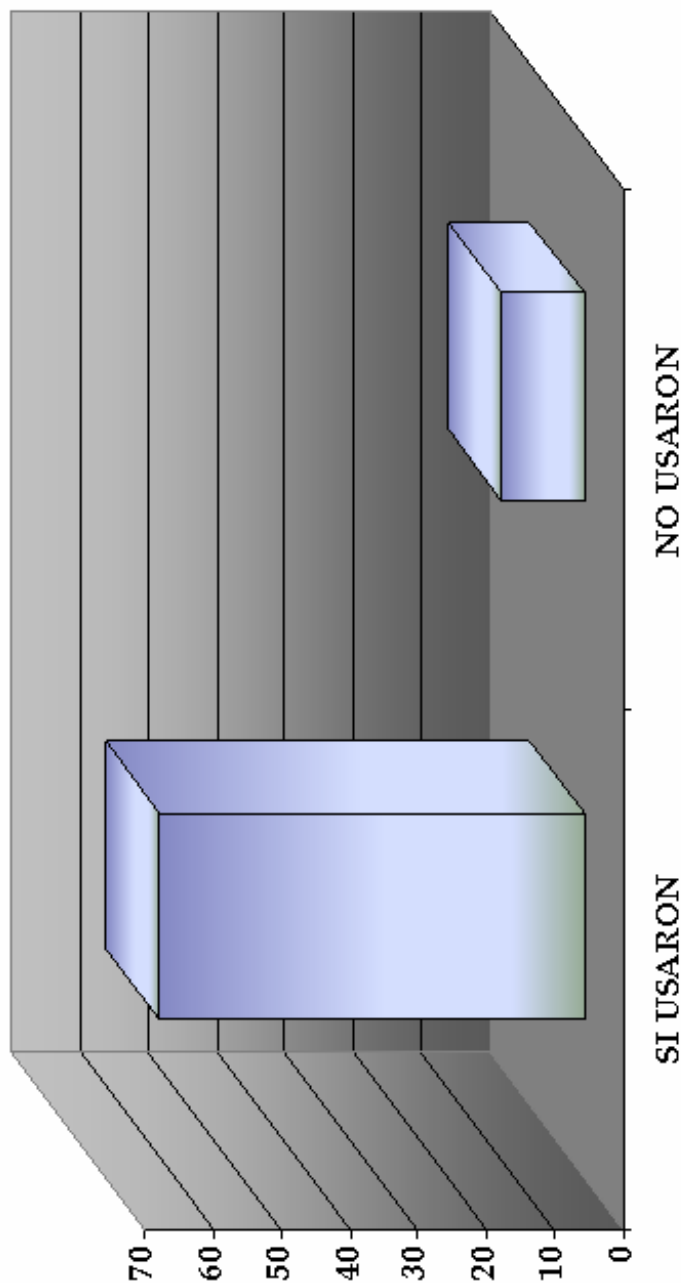
Gráfico N° 8
USO DE INTERNET COMO REFERENCIAS BIBLIOGRAFICA



Cuadro 8

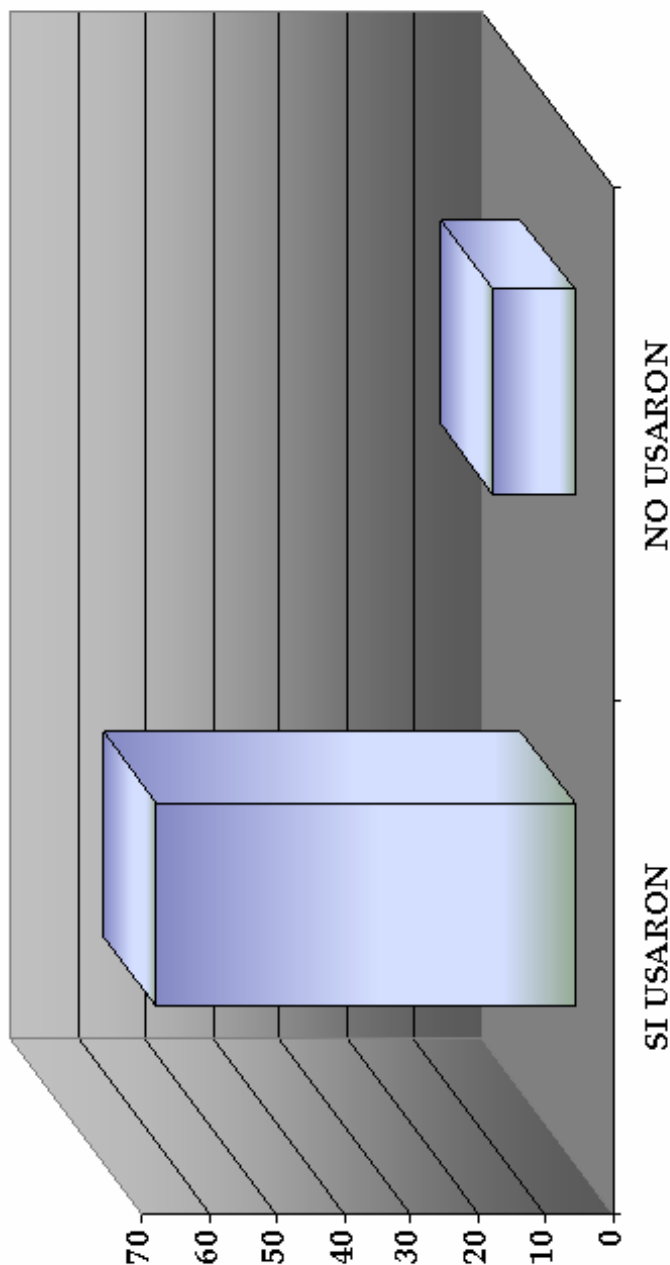
| | |
|--|------------------|
| USO DE INTERNET COMO REFERENCIA BIBLIOGRAFICA | |
| 29 | 45 |
| SI USARON | NO USARON |

Gráfico N° 9
USO DE BIBLIOGRAFIA A PIE DE PAGINA



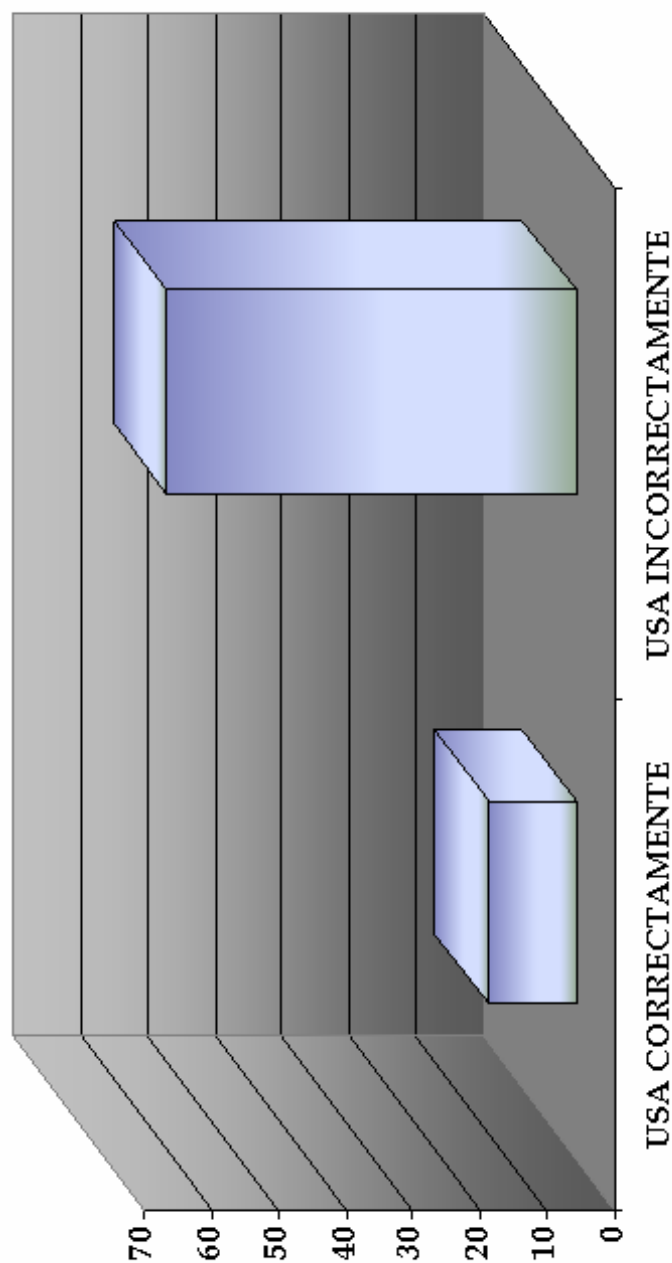
| Cuadro N° 9 | |
|-------------------------------------|-----------|
| USO DE BIBLIOGRAFIA A PIE DE PAGINA | |
| 62 | 12 |
| SI USARON | NO USARON |

Gráfico N° 9
USO DE BIBLIOGRAFIA A PIE DE PAGINA



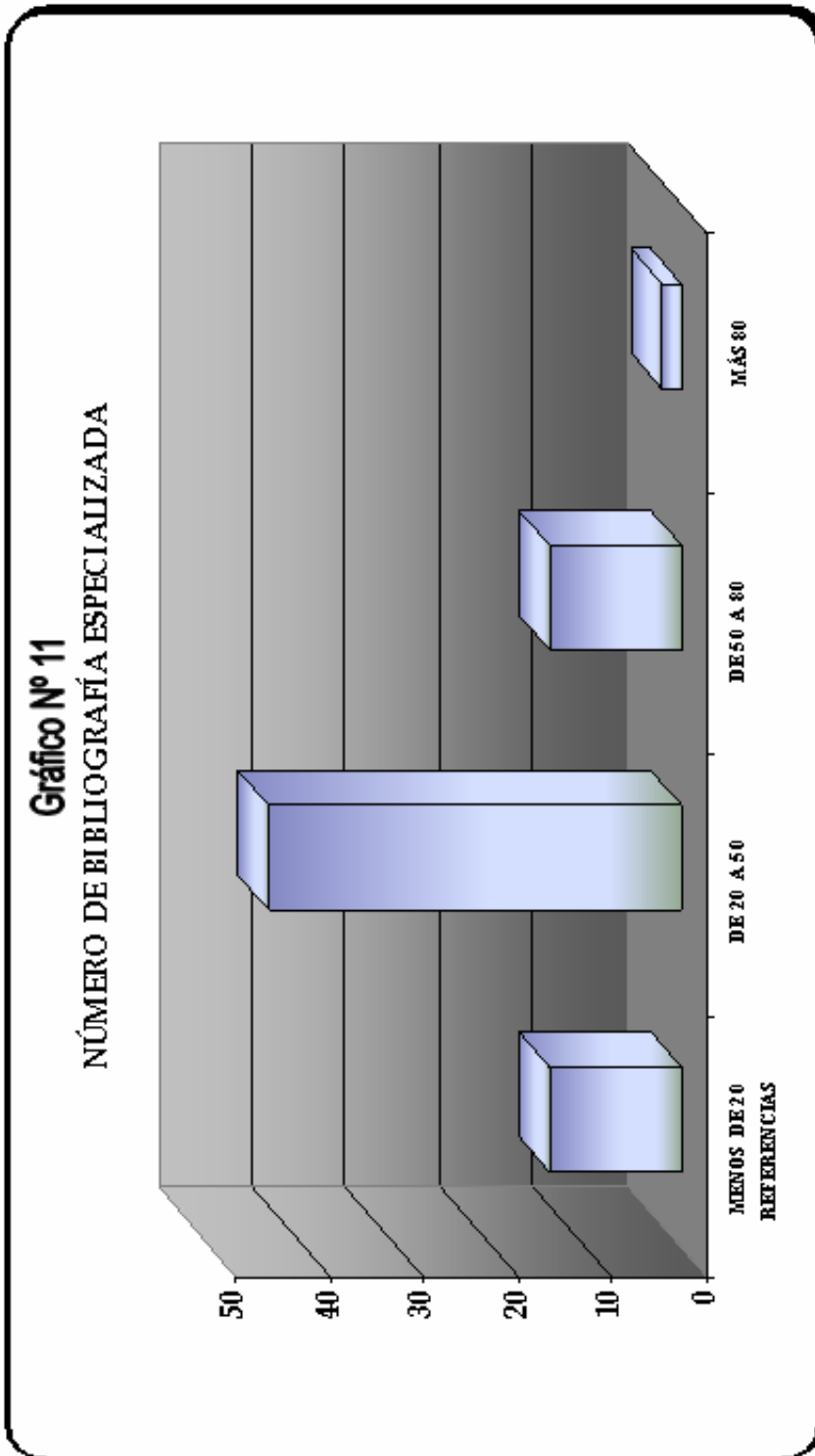
| Cuadro N° 9 | |
|-------------------------------------|----|
| USO DE BIBLIOGRAFIA A PIE DE PAGINA | |
| SI USARON | 62 |
| NO USARON | 12 |

Gráfico Nº 10
USO REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA



Cuadro 10

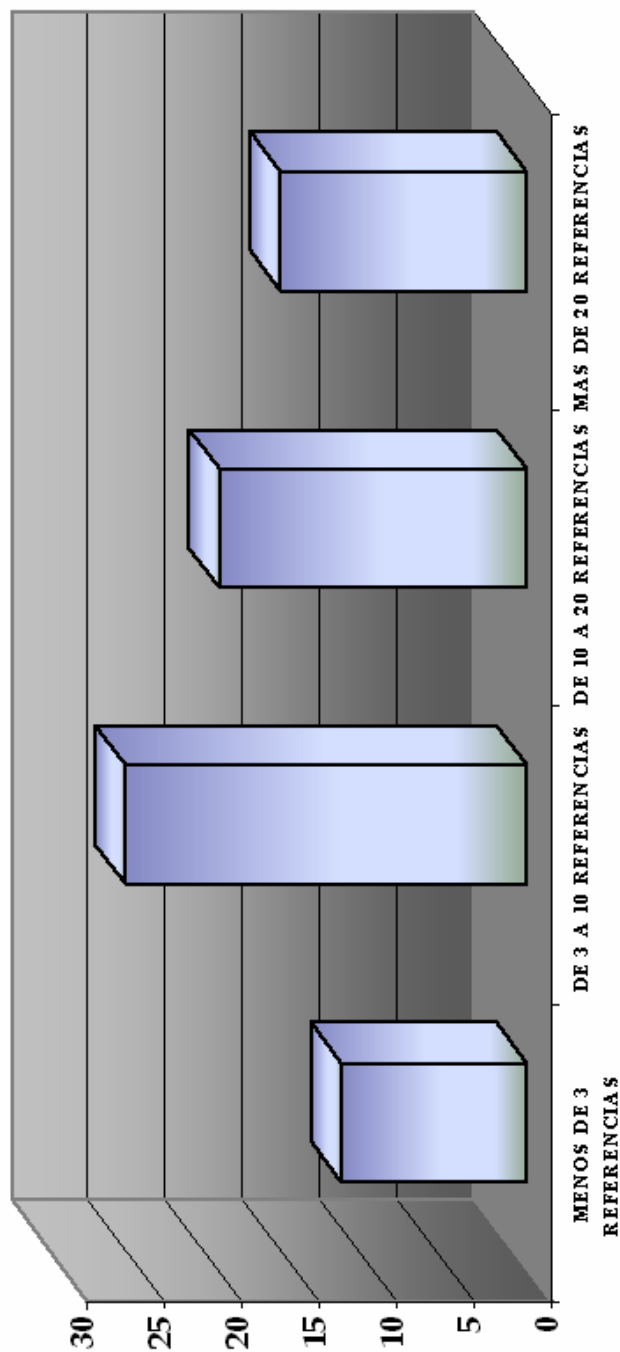
| USO DE REFERENCIA BIBLIGRÁFICA | |
|---------------------------------------|----------------------------|
| 13 | 61 |
| USA CORRECTAMENTE | USA INCORRECTAMENTE |



Cuadro N° 11

| NUMERO DE BIBLIOGRAFIA ESPECIALIZADA | | |
|--------------------------------------|------------|--------|
| 14 | 44 | 2 |
| MENOS DE 20 REFERENCIAS | DE 20 A 50 | MAS 80 |

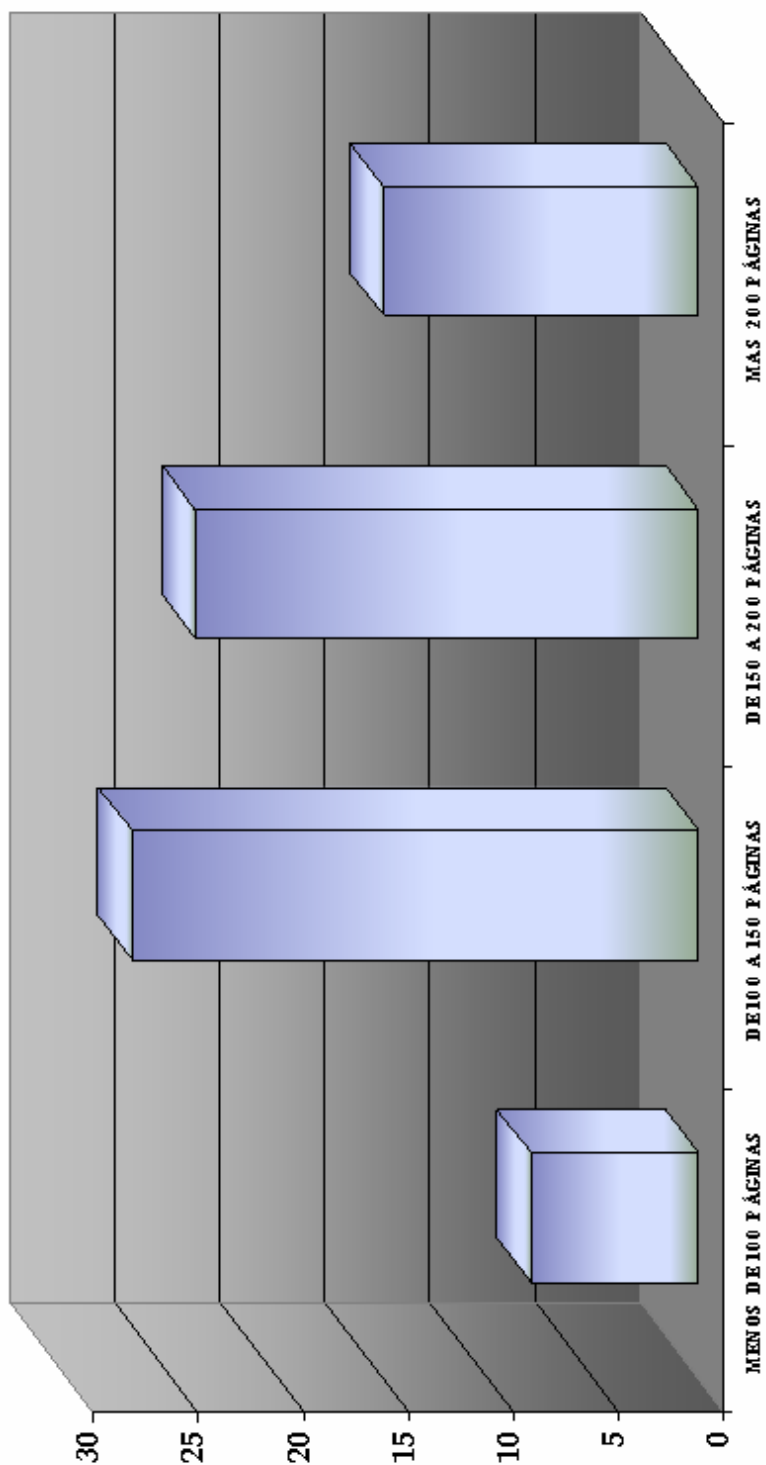
Gráfico N° 12
USO DE LA BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA



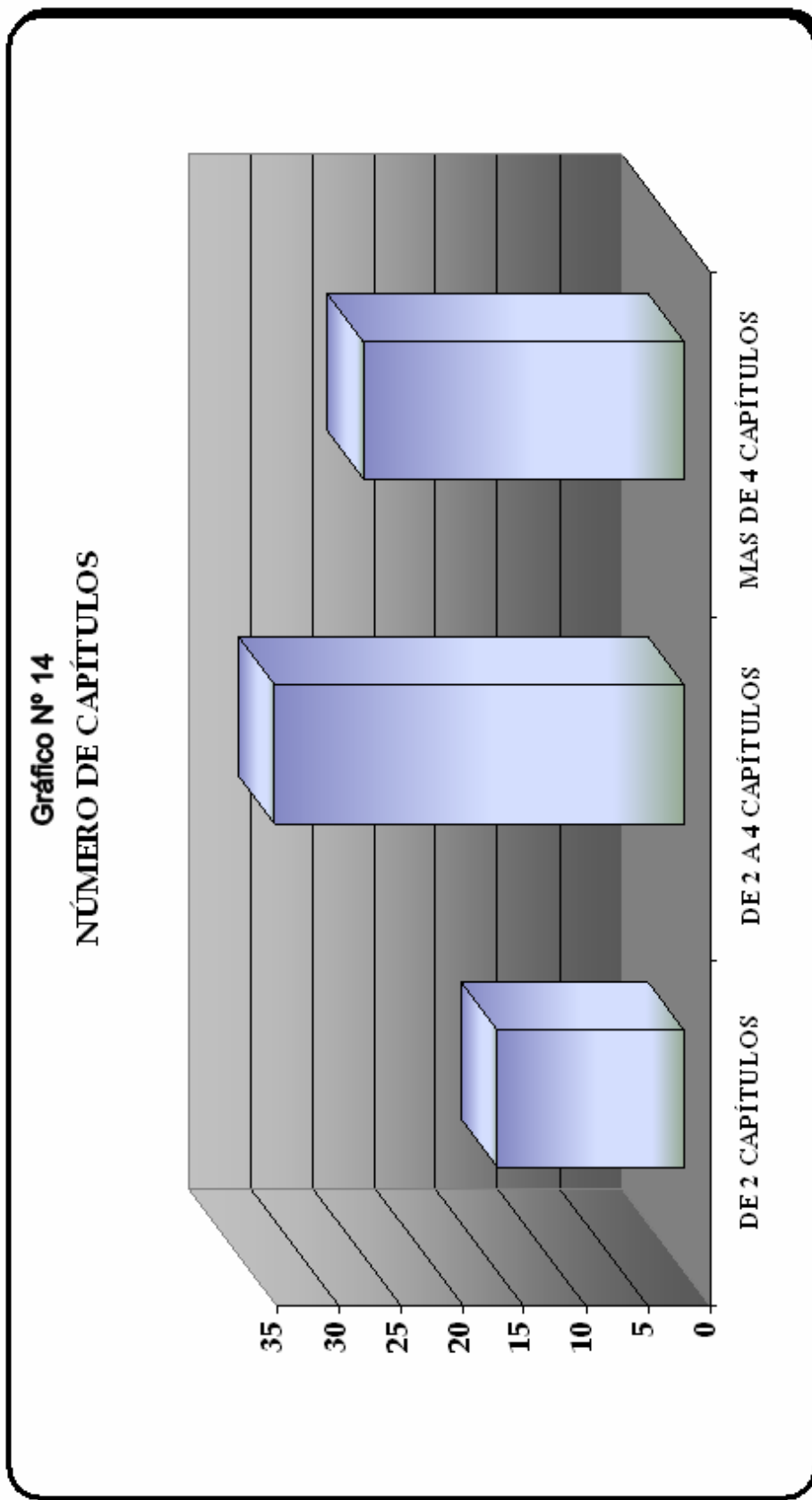
Cuadro N° 12

| USO DE LA BIBLIOGRAFIA EXTRANJERA | | |
|-----------------------------------|-----------------------|--|
| 12 | 26 | 16 |
| MENOS DE 3 REFERENCIAS | DE 3 A 10 REFERENCIAS | DE 10 A 20 REFERENCIAS MAS DE 20 REFERENCIAS |

Gráfico N° 13
NÚMERO DE PÁGINA



| Cuadro 13 | | | |
|----------------------|----------------------|----------------------|-----------------|
| NUMERO DE PAGINAS | | | |
| 8 | 27 | 24 | 15 |
| MENOS DE 100 PÁGINAS | DE 100 A 150 PÁGINAS | DE 150 A 200 PÁGINAS | MAS 200 PÁGINAS |



Cuadro Nº 14

| NUMERO DE CAPITULOS | |
|---------------------|--------------------|
| 15 | 33 |
| DE 1 A 2 CAPÍTULOS | DE 2 A 4 CAPÍTULOS |
| | MAS DE 4 CAPÍTULOS |

4. OBSERVACIONES A LA TESIS ANALIZADAS

4.1. OBSERVACIONES DE FONDO

- **INDETERMINACIÓN SOBRE EL ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN:** Aunque hemos afirmado que el Derecho como objeto de investigación es eminentemente cualitativo, es de elemental importancia que el investigador determine la naturaleza del enfoque utilizado en la investigación: cuantitativo, cualitativo o mixto.
- **NO IDENTIFICAN LA TIPOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.** La tipología permite determinar frente a qué trabajo de investigación se encuentra el investigador, conforme al cual se aplicarán los métodos, instrumentos, técnicas y fuentes.
- **IMPRESIÓN DE LOS MÉTODOS UTILIZADOS EN LA INVESTIGACIÓN.** Cada rama de la ciencia y tema de investigación tiene sus propias particularidades en cuanto se refiere a la aplicación del método. Los investigadores en los proyectos de tesis o en el contenido de la tesis no explican el método utilizado, confunden entre método propiamente dicho, con las técnicas, fuentes e instrumentos.
- **FALTA DELIMITAR LA DIFERENCIA DE LA TESIS DE PREGRADO Y POSTGRADO.** Las escuelas de postgrado carecen de un perfil que permita diferenciar académicamente la tesis de pre grado, maestría y doctorado. Se observa que algunas tesis de maestría académicamente están en el nivel de pre grado. Es la consecuencia –en las Facultades de Derecho- de haber impuesto el

bachillerato automático, que mucho daño ha ocasionado al proceso inicial de investigación en el sistema universitario.

- **SUPERFICIALIDAD DEL MARCO TEÓRICO.** El marco teórico, más que una necesidad científica, se considera como un requisito para cumplir simples formalidades. Son pocas las tesis que tienen un marco teórico significativo, a pesar, que en el Derecho existe una frondosa teoría desarrollada a lo largo de la historia, mucho más, si se recurre al Derecho comparado. La importancia del marco teórico¹⁹³, es determinante en la investigación jurídica; quienes hacen una tesis tiene que elaborar obligatoriamente un marco teórico, en tanto los temas y problemas de investigación tienen que respaldarse en sólidas argumentaciones para darle mayor sustento y profundidad al tema investigado.
- **INCOMPENSIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LAS TÉCNICAS Y FUENTES.** En las tesis analizadas existen deficiencias en cuanto se refiere a la diferenciación de las técnicas y fuentes. En los Proyectos de Tesis, hacen mención indistintamente a las técnicas y fuentes como si se tratara de la misma cosa.
- **SE DESESTIMA EL DERECHO COMPARADO.** Son excepcionales las tesis que hacen uso del Derecho comparado. El Derecho comparado constituye una disciplina científica que tiene por objeto poner de relieve qué de común poseen los distintos ordenamientos jurídicos positivos, de países y épocas, mediante la confrontación de los mismos. En la investigación jurídica, sea el tema que se trate, resulta pertinente recurrir al Derecho comparado para determinar las

¹⁹³ Seis son las **funciones principales del marco teórico**: 1. Ayuda a prevenir errores que se han cometido en otros estudios previos. 2. Orienta sobre cómo habrán de realizarse el estudio. Amplía el horizonte del estudio o guía al investigador para que realice un estudio más completo. 4. Conduce al establecimiento de hipótesis o afirmaciones que más tarde habrán de someterse a prueba. O bien, nos ayuda a no establecerlas por razones bien fundamentadas. 5. Inspira nuevas líneas y áreas de investigación. 6. Provee de un marco de referencia para interpretar los resultados del estudio. En: HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y coautores. *Op. cit.* p. 26-27.

similitudes o incompatibilidades de las figuras jurídicas nacionales con las de otros países. El Derecho comparado ilustra sobremanera el fondo mismo de la tesis y el dominio contextual del investigador sobre el tema.

- **ÁMBITO LOCALISTA DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN.** Un aspecto diferenciador de una tesis de pregrado y postgrado debiera ser el ámbito o contexto de la investigación según sea el problema teórico o empírico de la disciplina investigada. Las tesis de pregrado por la misma condición de tal deben abarcar contextos más reducidos y ámbitos localistas. En cambio los de postgrado, deben abarcar contextos regionales, de nivel nacional o internacional; aspectos jurídicos mucho más complejos en la dogmática, la exegética, filosofía jurídica o ciencia del Derecho. Temas que marquen la diferencia contextual y signifiquen una innovación en el desarrollo del Derecho.
- **SUPERFICIALIDAD ACADÉMICA EN TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN.** Está en boga la “calidad” y la “excelencia académica” en los diversos niveles de la educación. Las Escuelas de Postgrado deben impartir una educación de calidad, por su misma condición y categoría académica, concomitantemente, las investigaciones tienen que reflejar calidad y rigor científico a fin de estandarizarlas en el contexto nacional e internacional. Las tesis analizadas no tienen rigor científico ni académico, no cumplen los estándares nacionales o internacionales, lo prueba el hecho de que no son publicadas ni publicadas.
- **INSUFICIENCIA EN LA ENSEÑANZA DE PRODUCCIÓN DE TEXTOS.** No existe formación académica en la producción de textos o ciencia de textos, al no integrarse en la estructura curricular materias referidas a la producción de textos que facilite al investigador

conocer las bases teóricas y prácticas para desarrollar artículos científicos, ensayos, monografías y la tesis misma. Esta insuficiencia se expresa con objetividad en la estructura y redacción de las tesis sometidas a análisis.

- **CARENCIA DE EPISTEMÓLOGOS Y *IUSMETODOLÓGICOS*.** El problema es de carácter nacional. En el país hay déficit de epistemólogos y *iusmetodólogos* en el área jurídico. Los pocos con que cuentan las universidades no cubren la gran demanda académica existente en las Escuelas de Postgrado. Toda educación relacionada a la ciencia y la investigación, supone la enseñanza-aprendizaje de materias fundamentales como la epistemología y metodología de la investigación, sin ellas, toda investigación será estéril, empírica y superficial.
- **NO HAY APORTES SUSTANCIALES A LA CIENCIA DEL DERECHO.** Tratándose de tesis mayoritariamente descriptivas cuantitativas, sobre casos relacionados a la secuencia de procesos judiciales en pequeños ámbitos, tiempo, muestras reducidas, etc., son excepcionales las investigaciones que aportan sustancialmente a la ciencia del Derecho, a la teoría y epistemología jurídica.
- **FALTA DE CERTEZA DE DATOS Y MUESTRAS:** Parte significativa de las tesis en Derecho, se reducen a recolectar datos, casos o muestras –muchos de ellos de dudosa procedencia y autoría- y luego son procesados en gráficos y cuadros estadísticos, para “validar” sus hipótesis. En muchos casos no señalan con precisión, por ejemplo, el número de registro de los expedientes judiciales analizados, de cómo se obtuvieron las muestras y casos, los que constituyen la carga de la prueba para el investigador jurídico.

- **INSUFICIENCIA DE LA DOCTRINA ESPECIALIZADA:** En el Derecho existen diversas corrientes epistemológicas y filosóficas conocidas como doctrinarias o teorías. La doctrina como el conjunto de opiniones de tratadistas y estudiosos explican y fijan el sentido de las instituciones, las leyes o sugieren soluciones para cuestiones controversiales. La teoría es vital como fuente mediata del Derecho, ella influyen a menudo sobre la labor del investigador, del legislador o incluso en el desarrollo interpretativo y argumentativo de los operadores jurídicos. En el desarrollo de las investigaciones jurídicas analizadas se percibe un dominio muy superficial y ligero.
- **MATRIZ DE CONSISTENCIA:** La matriz de consistencia permite a un investigador expresar la armonía y concomitancia entre cada una de las partes centrales y elementos colaterales constitutivas del proyecto o protocolo de investigación expuestas en un cuadro o gráfico. El problema debe guardar coherencia con las interrogantes, los objetivos, la justificación, la hipótesis, las variables e indicadores, los ejes del contenido capitular, los métodos e instrumentos de investigación. Ella es imprescindible en toda investigación científica sea cuantitativa, cualitativa o mixta. En los proyectos y tesis analizadas se la prescinde mayormente.
- **SOBRE LA ESTRUCTURA DEL PROYECTO DE TESIS:** Se da el caso que varias Escuelas de Postgrado no cuentan con una referencia estructural del procedimiento metodológico para elaborar un proyecto de tesis, consiguientemente, el desarrollo de la investigación la dejan al arbitrio del investigador, generando anarquía en su elaboración. En otros casos, existe un solo esquema para las diversas áreas de investigación: medicina, química, biología, derecho, educación sociologías, etc. Ello resulta incorrecto, pues, cada área y materia de investigación tiene sus propias particularidades y por lo mismo los

esquemas estructurales de los proyectos de investigación deben adecuarse a cada materia o rama de la ciencia.

4.2. OBSERVACIONES DE FORMA

En esta parte señalamos las deficiencias más notorias de orden formal en las tesis analizadas. Desde luego, no todas las tesis tienen las deficiencias expuestas, pues, existen excelentes investigaciones escrupulosamente procesados, en lo formal y en el fondo, pero es mayor el número con deficiencias y que procedemos a enumerarlos:

- **RESPECTO AL NÚMERO DE PÁGINAS:** Se sostiene que la tesis de pre grado debe contener no menos de 60 u 80 páginas, sin considerar, el índice, la introducción, los apéndices y anexos; la tesis de maestría no menos de 200 y, las de doctor superar las 200 páginas. Desde luego, el número de páginas no eleva por sí mismo la calidad de la tesis. La diferencia la extensión temática, la profundidad de lo investigado, la originalidad y relevancia de la misma. Estas consideraciones no se toman en cuenta en las Escuelas de Postgrado, de tal manera que existen tesis de maestría con solamente 60 páginas y en promedio llegan a 100 páginas.
- **USO DE REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA ENGAÑOSA:** Como requisito de la tesis se exige que tenga una significativa referencia bibliografía. En las analizadas, algunas enumeran una frondosa bibliografía, tanto nacional como extranjera, pero ella no se refleja en el cuerpo de la tesis. Si se menciona un autor en la relación final de la bibliografía, supone que en el cuerpo de la tesis debe reflejarse a través de citas textuales, de resumen o comentario de la obra, debiendo mencionarse como referencia bibliográfica al pie de página. Si se menciona 50 autores al final de la tesis, entonces, deben existir cuanto menos 50 referencias bibliográficas a pie de página en el

cuerpo de la tesis. También hay tesis que no tienen referencia bibliográfica a pie de página a pesar de tener más de 100 páginas, lo que es mucho más grave.

- **LOS CAPÍTULOS DE LA TESIS:** Los capítulos son importantes en la tesis, ellas indican la estructura lógica, las dimensiones de los temas tratados y el nivel académico del investigador. Este aspecto es un factor de diferenciación entre una tesis de pregrado, de magíster y doctor. El de pregrado debe contener por lo menos 2 ó 3 capítulos, el de magíster con 3 ó 5 y el de doctor mucho más. En la investigación realizada, se ha detectado tesis de postgrado con un sólo capítulo, lo que consideramos incorrecto.
- **CONFUSIÓN DEL PROYECTO, LA TESIS Y LOS INFORMES:** Se confunde el proyecto con la tesis. En otras, no se hace una clara diferenciación entre un informe y una tesis, de tal modo, que a los informes los denominan tesis y a las tesis informes. Lo que hacen los tesisistas es desarrollar la tesis –si así se le puede llamar- dentro la misma estructura del proyecto. No diferencian el proyecto como instrumento o estrategia para desarrollar la investigación, y otra cosa muy diferente es la tesis como resultado de ese proyecto. El proyecto de investigación son las rieles sobre los que camina el investigador para cumplir su objetivo y cometidos científicos, es decir, la tesis.
- **USO DE CITAS Y MODALIDADES:** El uso de citas, en sus diversas modalidades es elemental en toda investigación jurídica; ella alimenta nuestras posiciones, sea para sostener una nueva tesis, cuestionar o innovar los ya existentes. Existe poco dominio del uso de citas, sean textuales, de paráfrasis, de resumen o de referencia en las tesis analizadas, incluso hay quienes ni siquiera la utilizan. Se usan referencias bibliográficas difusas y confusas. Toda investigación jurídica, recomienda el uso de citas en sus diversas modalidades, en

tanto, son las fuentes más idóneas en el conocimiento mediato del Derecho, refleja el grado de nuestra cultura jurídica, ayudan a demostrar la veracidad de nuestras afirmaciones, confirma la certeza de las indagaciones y facilita la argumentación.

- **USO DE LOCUCIONES LATINAS:** En el aspecto de la referencia bibliográfica para evitar la repetición inútil, se recurre al uso de locuciones latinas, ejemplos: *Ibíd.*, *op.cit*, *cfr*, *infra*, *supra*, etc., las que son consignadas en forma abreviada en la literatura jurídica. Empero, son pocas las tesis que hacen uso adecuado a estas locuciones en el cuerpo de la tesis y a pie de página al momento de usar la referencia bibliográfica.
- **ARQUITECTURA DE LA TESIS:** Existen manifiestas deficiencias respecto a la arquitectura de la tesis: la inadecuada clasificación decimal en la numeración de los ítems; respecto a los espacios, márgenes y numeración; el tamaño de la letra del contenido, los títulos y subtítulos.
- **DE LA HEMEROGRAFÍA E INFORMATOGRAFÍA:** Existe insuficiente referencia hemerográfica y de Internet. La bibliografía más actualizada, es aquella desarrollada en publicaciones periódicas especializadas tanto nacionales como extranjeras y que deben ser incorporadas en la investigación jurídica. Es más cuestionable cuando no se usan referencias bibliográficas de Internet, la biblioteca universal, lo que causa sorpresa en la mayoría de tesis analizadas.
- **SOBRE EL TÍTULO DE LA TESIS:** Se considera al título de la tesis como la carta de presentación del investigador, expresión de la idea central del tema tratado. El título debe ser breve, simultáneamente claro, preciso y atractivo. El título contendrá cuanto menos una de las variables fundamentales del problema, no debe ser ni muy corto ni

muy largo. Sugieren que el título de la tesis no exceda de 17 palabras. Desde luego, no existe una regla que norme este aspecto, son simplemente recomendaciones metodológicas. Hacemos la presente observación, por cuanto existen tesis con más de 30 palabras y con una incorrecta redacción.

- **SOBRE EL NÚMERO DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:** Un trabajo de investigación en el campo jurídico requiere un respetable marco teórico que permita darle sostenibilidad a la argumentación del investigador. En consideración al nivel de investigación, una tesis de magíster debe contener no menos de 80 ó 100 referencias bibliográficas, de las cuales un 20 % debiera ser referencia bibliográfica extranjera. Consideramos incorrecto que un marco teórico de una tesis de maestría en Derecho se construya con solamente 15 referencias bibliográficas, tal vez, si se trata de un ensayo o una monografía, pero nunca de una tesis aun sea de pregrado.
- **DE LAS REGLAS EN EL USO DE LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:** El uso de la referencia bibliográfica en las tesis es arbitraria, por cuanto no se respeta las reglas universales, caso el sistema de clasificación DEWEY que es el más adecuado y usual en la producción de textos en humanidades, entre ellos el Derecho.

5. PROBABLES CAUSAS DE LAS DEFICIENCIAS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

a) DÉFICIT DE EPISTEMÓLOGOS Y IUSMETODOLÓGOS

En las Escuelas de Postgrado, las materias respecto a la investigación científica, debiera ser desarrollada en lo posible, por epistemólogos y metodólogos, tratándose del Derecho, por *iusmetodólogos* con solvencia

académica y experiencia en la rama específica de la formación profesional¹⁹⁴. Como dijimos anteriormente, cada rama y especialidad del conocimiento humano tiene su particularidad metodológica.

b) AUSENCIA DE POLÍTICAS SOBRE INVESTIGACIÓN DE PARTE DEL ESTADO Y LAS UNIVERSIDADES

Es un hecho evidente que el Estado peruano no cuenta una política agresiva en investigación científica, es uno de los países en América Latina que menos invierte en investigación científica. Igualmente, la gran mayoría de universidades del país destinan exiguos porcentajes para promover la investigación. Son excepciones las universidades que generan y promueven institucionalmente la investigación científica.

c) FALTA DE CENTROS O INSTITUTOS DE INVESTIGACIÓN

Son también excepcionales las universidades del país que instituyen entre las Facultades y Escuelas de Postgrado los llamados Centros o Institutos de investigación por áreas y materias donde se planifiquen y desarrollen la investigación en forma corporativa.

d) LOS INVESTIGADORES NO SON PROMOVIDOS O AUSPICIADOS

Los pocos investigadores que produce las Escuelas de Postgrado no encuentran adecuados espacios para desenvolverse en las universidades ni Escuelas de Postgrado. Los investigadores son marginados por celo o envidia, maltratados económicamente, o reducidos a simples docentes de aula.

¹⁹⁴ En una Escuela de Postgrado, un maestrista presentó un Proyecto de Tesis sobre el Caso llave. El jurado examinador –en su mayoría de otras especialidades- le sugirió que presentara un mínimo de diez muestras. El tesista hasta el día de hoy sigue esperando se den más casos similares al de llave, es decir, sean asesinados diez alcaldes en similares circunstancias. Otro caso: presentaron un Proyecto de Tesis utilizando los métodos dogmáticos y *jusnaturalista* para enfocar el problema del aborto. El jurado al evaluar el Proyecto de tesis manifestó unánimemente que desconocían los métodos “dogmático” y “*jusnaturalista*”, por lo que tenía que cambiar de métodos. Por si fuera poco, otro proyecto denominado: “El derecho al aborto en casos de inseminación artificial en contra de la voluntad de la mujer”, el jurado exigió casos y muestras. El tesista desertó de la propuesta por falta de muestras.

LA EXPANSIÓN Y APERTURA DESMEDIDA DE ESCUELAS DE POSTGRADO:

En los últimos tres años en toda la zona sur del país se han aperturado estudios de postgrado, en filiales, sedes y subsedes, en forma indiscriminada, en su gran mayoría en forma ilegal, sin solvencia académica, únicamente con un afán comercial, donde no se exhibe calidad y rigor científico, sino la mediocridad en su más alta expresión. Esta competencia desleal frente a las Escuelas de Postgrado legalmente constituidas ha llevado a que las ilegales cobren sumas pírricas que imposibilitan contratar a docentes de calidad académica, acceder a equipos e infraestructura adecuada, etc. Por ejemplo, no se someten a evaluaciones previas para el ingreso; se cobran S/. 150.00 en maestrías y S/. 200.00 en doctorado, y los ambientes son vetustos e inadecuados.



CONCLUSIONES

1. Todas las Universidades del sur del país cuentan con Escuelas de Postgrado y maestrías en Derecho en diferentes menciones, de las cuales han egresado aproximadamente 4,850, logrando obtener el grado académico de magíster 155, lo que representa el 3.20% . La Universidad que ostenta la mayor cantidad de graduados en maestría y doctorados es la Universidad Católica de Santa María. Esta primera constatación refleja las profundas diferencias entre egresados y graduados; las limitaciones y desinterés de carácter académico institucional por afrontar este problema planteando soluciones viables a fin que los egresados logren sus objetivos y los graduados se homologuen y alcancen estándares internacionales, tanto en las maestrías como doctorados.
2. Mayormente las tesis analizadas, son de carácter descriptivo, desarrollados bajo un enfoque cuantitativo relacionados a problemas de familia; por la forma estructural, sistemática metodológica y expositiva se ubican dentro la clasificación investigativa de Informes; empero, hay Escuelas de Postgrado donde los trabajos de investigación alcanzan la categoría de Tesis y su relevancia jurídica es importante. Evidentemente se desconoce la diferencia y significado de un Informe y una Tesis como trabajos de investigación en el nivel de postgrado. Siendo ambos válidos en las maestrías, en el campo del Derecho, por su particularidad epistemológica, lo que debe exigirse son Tesis y no simplemente Informes.
3. Las investigaciones desarrolladas bajo el enfoque cuantitativo, la tipología descriptiva y funcionalista, no aportan sustancialmente al desarrollo del Derecho. El Derecho como ciencia social, es esencialmente cualitativo. Las analizadas, mayormente, manipulan técnicas estadísticas y fórmulas matemáticas para justificar sus

afirmaciones bajo el supuesto que son contrastaciones y verificaciones científicas de la hipótesis; manejan una concepción absoluta y neutral verificacionista de la Ciencia Jurídica: si no hay comprobación matemáticamente verificada no sería propiamente investigación científica. Reflejan de esta manera la tesis de Augusto COMTE de mediados del siglo XIX por el cual no hay investigación científica si no hay experimento, hecho que desnaturaliza la esencia del Derecho.

4. Las investigaciones analizadas, corrientemente son estudios focalizadas en pequeños ámbitos (distritos judiciales o juzgados en específico); las muestras usualmente cuantitativas (probalísticos y no probalísticos) no son representativas que permita generalizar sus resultados a un ámbito más amplio en su aplicación y contar una visión más contextualizada del problema materia de análisis. Son excepcionales las investigaciones que tienen una perspectiva cualitativa regional o nacional; que expliquen jurídicamente y con profundidad la muestra o fenómeno seleccionado; recurran al análisis hermenéutico, interpretativo, argumentativo, el razonamiento lógico jurídico y al desarrollo teórico doctrinario.
5. La formación académica en las materias relacionadas a la investigación científica o metodología de la investigación es insuficiente y superficial en la mayor parte de Escuelas de Postgrado. Existen Escuelas de Postgrado donde la temática relacionada a la investigación científica desarrollan en un semestre tan solamente en un fin de semana: 12 horas como promedio. A ello se añade otros dos factores: la falta de interés por la materia de parte de los alumnos de postgrado y, la escasez de *iusmetodólogos* y *epistemólogos* en el campo jurídico que cubran la demanda en los estudios de postgrado; ausencia de la enseñanza de la epistemología jurídica, que sirva de sustento filosófico y científico de los investigadores. Los encargados de dictar estas materias son regularmente improvisadas, sin experiencia y nada idóneas por el significado de una maestría o doctorado.

6. La enseñanza-aprendizaje en las Escuelas de Postgrado en la Región Sur, son de tipo convencional, no es compatible para el momento histórico en que vivimos, del desarrollo de la ciencia, la tecnología, la globalización, la revolución del conocimiento científico, la velocidad de la información, el mercado ocupacional competitivo, etc. La calidad académica no es la más óptima si el objetivo es homologar y estandarizar la investigación científica en consideración al contexto internacional. Ellas están condenadas al fracaso en tanto no son garantía ni ofrecen nada nuevo al mercado ocupacional globalizado; se evidencia por la falta de investigadores con producción intelectual acreditada en consideración a la proporción de egresados y graduados.
7. La autoevaluación, acreditación y certificación de las Escuelas de Postgrado es un imperativo insoslayable en el momento actual. En estas condiciones difícilmente lograrán sobrepasar un proceso de esta naturaleza, mucho menos, una certificación a la calidad académica en consideración a estándares internacionales que implique considerar a las nuestras como instituciones que ofrecen una formación de postgrado del alto nivel científico.
8. Las Escuelas de Postgrado se vienen masificando en el territorio nacional y, particularmente, en la región sur del país. Son excepciones las Escuelas de Postgrado -caso la Universidad Católica de Santa María- que le imprimen seriedad y calidad en la formación académica de los estudios de postgrado en Derecho. En cambio, se percibe en la gran mayoría de las recientemente asentadas en el interior de la región sur, incidan preferentemente en el lucro antes que garantizar calidad y excelencia en la formación académica y científica de los maestrías y doctorandos.

SUGERENCIAS METODOLÓGICAS

SUGERENCIA N° 1

1. En los currículos de las Escuelas de Postgrado, deben incorporarse como obligatoriedad académica la materia de epistemología, la epistemología jurídica en particular, para elevar de esa manera la calidad científica e investigativa de los maestrístas. Esta materia conjuntamente la relacionada a la metodología de la investigación (o sus diversas denominaciones) deben convertirse en la base de la enseñanza con mayor creditaje en los currículos.
2. La enseñanza de las materias de epistemología y metodología de la investigación científica deben encargarse a docentes con formación académica de la maestría y mención correspondiente, exigiendo idoneidad y solvencia científica reconocida.
3. En el entendido que el Derecho es una ciencia social, estudia y regula la conducta humana, los métodos y técnicas deben ser los más apropiados a los que corresponde a la investigación cualitativa, sin menospreciar los aportes de la investigación cuantitativa.
4. La investigación jurídica, más que centrarse en la simple descripción de hechos y fenómenos jurídicos; debe procurar explicarlos e interpretarlos, creando o innovando teorías o corrientes epistemológicas sobre el conocimiento jurídico; aportando mejoras sustanciales en nuestro ordenamiento jurídico; luego también procurando que las investigaciones estén referidos sobre problemas concretos de carácter regional o nacional.

5. Es conveniente desarrollar una mayor conciencia metodológica sobre la comprensión y la esencia del Derecho como objeto de investigación, a fin de superar las exigencias científicas verificacionistas como obligaciones ineludibles de toda investigación en el Derecho, procurando que ellas se desarrollen dentro los causes más hermenéuticos, teleológicos, argumentativos, ontológicos y axiológicos.
6. Todas las Escuelas de Postgrado deben ser los primeros y de muto propio en someterse al proceso de autoevaluación, acreditación y certificación como imperativo académico y científico para su funcionamiento en el contexto nacional, de tal manera, institución que no acredite investigación de rigor científico, salgan del mundo académico. De igual manera, la Asamblea Nacional de Rectores debe proponer rígidas condiciones para la apertura de las futuras Escuelas de Postgrado previa calificación de las condiciones académicas de sus docentes.
7. Para facilitar el proceso de investigación científica en las Escuelas de Postgrado, debe proponerse determinadas orientaciones y presupuestos metodológicos acorde a la maestría y mención correspondiente, que sean abiertas y flexibles, desechando la rigidez y obligatoriedad al que se someten actualmente.
8. Las investigaciones en las Escuelas de Postgrado, deben ostentar la categoría de Tesis, en su verdadero sentido y dimensión investigativa, en tanto, los Informes están reservados particularmente para los niveles de pregrado; para este efecto deben instituirse en las Escuelas de Postgrado oficinas de asesoramiento permanente para el elaboración del proyecto y la tesis misma en el campo del Derecho.

SUGERENCIA N° 2

PROPUESTAS METODOLÓGICAS PARA EL DISEÑO DE UN PROYECTO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

1. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

La investigación en la región sur se desarrolla según el criterio de cada Escuela de Postgrado. Algunas exigen los presupuestos que debe reunir los proyectos de investigación, otros, lo dejan a la libertad –diríamos arbitrio- de los maestrístas. Si bien, no debe imponerse *manu militare* esquemas estructurales a los investigadores, es conveniente sugerir determinadas orientaciones metodológicas con la finalidad de facilitar y optimizar las investigaciones, homologando y estandarizándolas en el contexto nacional e internacional, más aún, cuando no existe en el medio universitario políticas que promuevan la investigación en las diversas modalidades y especialidades.

Por estas consideraciones, proponemos un esquema de investigación jurídica, a manera de sugerencia y orientación metodológica, para el desarrollo del proyecto de investigación. La propuesta sugerida, no es completamente nueva, es sí una mayor y mejor explicación conceptual de lo existente, sistematizada convenientemente para facilitar en forma práctica la investigación jurídica. La efectuamos en consideración a los errores y omisiones existentes en las tesis analizadas.

En lo académico, la razón del presente Capítulo es promover en el Derecho una adecuada formación metodológica, cuyos objetivos concretos son: a) hacer que los investigadores desarrollen propuestas de solución al complejo sistema jurídico en el ámbito regional, nacional e internacional enriqueciendo el conocimiento científico del Derecho; b) formar cuadros

investigadores para elevar la fortaleza académica de las Escuelas de Postgrado generando investigadores con profundo conocimiento del saber jurídico; c) analizar problemas epistemológicos relacionados a la investigación jurídica; d) ejercer el liderazgo en la investigación jurídica fomentando trabajos de calidad; e) facilitar la aplicación práctica del Derecho a la solución de los grandes problemas jurídico-sociales.

2. SIGNIFICADO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Se denomina proyecto –también llamado protocolo¹⁹⁵- de investigación, al esquema provisional que sirve de instrumento para el desarrollo de la tesis, estableciéndose los presupuestos fundamentales, estructurada sistemáticamente, delimitándose las áreas e instrumentos, variando según la naturaleza del problema identificado. También la conciben como la etapa de incubación de la futura investigación. Al inicio puede ser una generalidad, confusa, incierta, inconsciente, impuesto o, tanto mejor, si es algo preciso, claro, deliberado, bien definido y estructurado. El Derecho, como cualquier otra ciencia, requiere ser abordado con determinados recursos racionales que permiten alcanzar el objetivo propuesto: el proyecto y el método de que se vale el investigador. El proyecto no es una camisa de fuerza ni una receta infalible, es simplemente un apoyo, una orientación que busca respuestas con carácter científico a problemas irresueltos.

Como diseño metodológico es “un programa que especifica el proceso de realización y control de un proyecto de investigación, es decir, es el arreglo escrito y formal de las condiciones para recopilar y analizar la información (...) Plan sistemático, o una serie de instrucciones para realizar un proyecto de

¹⁹⁵ El **protocolo** como instrumento de investigación metodológicamente tiene otro significado –pero no diametralmente distinto del proyecto- ,pues, se concibe al protocolo como el documento en el que se considera abreviadamente las fases o momentos que comprenderá una investigación y que posteriormente se usa como guía en la ejecución de la misma. El protocolo es el *previs* del proyecto de investigación, en otras palabras, del ante proyecto de investigación aprobado por quienes son encargados en los centros de investigación o escuelas de postgrado.

investigación, tal como un plano de construcción”¹⁹⁶. Afirma AVILA ACOSTA, “es un proceso racional, permanente y dinámico, que adecua los medios y recursos para el logro de objetivos y resultados propuestos, en función de la naturaleza y estructura del problema. Como instrumento de planificación se elabora el *plan* o *proyecto de investigación*, que es el documento orientador de la investigación, que contiene el diseño total del proceso que se seguirá, desde la identificación y formulación del problema hasta la publicación de los resultados. Para alcanzar los objetivos, metas y resultados, se tiene que trabajar con previsión y ordenamiento coherente y racional de las acciones, actividades y plazos, de los medios, técnicas y recursos disponibles y elegidos para desarrollar la investigación”¹⁹⁷.

En sentido restringido, se refiere al “plan o estrategia concebida para responder, en forma concreta, objetiva y precisa a las preguntas del problema de investigación, a efecto de demostrarse las hipótesis formuladas, consiguientemente, modificarse, ampliarse o crearse nuevas teorías sobre determinados fenómenos sociales, económicos, ideológicos, políticos o jurídicos”¹⁹⁸.

En definitiva, el diseño o proyecto se refiere al plan o estrategia concebida planificadamente para el desarrollo de la investigación, obtener resultados, confirmar hipótesis o propuestas preliminarmente; ello dependerá del enfoque cualitativo o cuantitativo. “La investigación empírica –sea cualitativa o cuantitativa- debe partir de un proyecto de investigación. En el caso de la investigación cualitativa, este proyecto será provisional y se espera que en el curso de la investigación pueda transformarse y enriquecerse. Mientras tanto, en la investigación cuantitativa, el proyecto tiende a cumplirse

¹⁹⁶ NAMAUFOROOSH, Mohammad Naghi. *Metodología de la investigación*. 2da. Ed. México, Limusa, 2003, p. 85.

¹⁹⁷ AVILA ACOSTA, Roberto B. *Introducción a la metodología de la investigación, la tesis profesional*. Lima, Estudios y Ediciones R.A., 1992, p. 51.

¹⁹⁸ Cfr. ZELAYARAN DURAN, Mauro. *Metodología de investigación jurídica*. Lima, Ediciones Jurídicas, 2003, p.305.

de acuerdo con la formulación inicial¹⁹⁹. Su importancia radica en que una vez resueltos los problemas de planeación se pasa a la etapa de ejecución de la tesis.

3. PARTES CARDINALES DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

La investigación científica se inicia elaborando el protocolo, proyecto o *diseño de investigación*²⁰⁰, debidamente estructurado; jurídicamente son las diligencias o pesquisas para descubrir o explicar algo sobre lo que ignoramos; comprende los siguientes ámbitos:

- a) Determinación de los elementos objeto de conocimiento: selección y definición del área, tema y título provisional; la exposición del problema en forma breve tal como se presenta en la realidad; precisión de los objetivos de la investigación; fundamentos de la relevancia jurídica (justificación); marco de referencia inicial, denominada marco teórico y, el planteamiento de la hipótesis de trabajo operacionalizada en variables e indicadores.
- b) Explicación de los elementos de apoyo para la realización de la investigación: identificación del enfoque epistemológico, cuantitativo, cualitativo o mixto; la descripción de la tipología jurídica; el procedimiento metodológico, propiamente dicho de la investigación; presentación de las técnicas, instrumentos y fuentes para la recolección de la información y su tratamiento.

¹⁹⁹ KOGAN COGAN, Liuba. *Aprender a investigar; manual de introducción a la metodología de la ciencia*. Lima, Universidad de Lima-Fondo de Desarrollo Editorial, 2005, p.66.

²⁰⁰ El término **diseño**, según CHIRSTENSEN, está referido al llamado Plan o Estrategia concebida por el investigador para responder a los interrogantes de la investigación. Para RAMOS SUYO el diseño señala al investigador lo que él debe hacer para alcanzar sus objetivos que se propone responder las interrogantes que se han planteado y analizar la certeza de las hipótesis formuladas en un contexto específico.

- c) Propuesta provisional del contenido o esquema de la tesis por capítulos²⁰¹ y, la bibliografía preliminar; y,
- d) Elementos administrativos para la ejecución de la investigación, incluye el cronograma, el presupuesto, adicionalmente los anexos y apéndices.

Frecuentemente, un diseño o proyecto de investigación, responde a las siguientes preguntas elementales:

1. ¿Qué contiene el tema de investigación?
 - *Definir y determinar el área, tema y título de la investigación.*
2. ¿Cuál es la situación actual de la cuestión?
 - *Exposición del problema tal y como se presenta en la realidad presente y concreta..*
3. ¿Cuáles son los aspectos sustanciales por resolver en la investigación?
 - *Formulación y selección de los interrogantes sobre el problema, genéricos y específicos.*
4. ¿Qué propósitos persigue la investigación?
 - *Determinar los objetivos generales y específicos de la investigación.*
5. ¿Cuál será la trascendencia y relevancia jurídica de la investigación propuesta?
 - *Justificar la investigación teórica, práctica y metodológicamente.*

²⁰¹ **Capítulo**, es cada una de las partes en que se divide una tesis (u obra escrita), la que a su vez puede subdividirse en consideración a las partes diferenciales del contenido del trabajo escrito. El capítulo forma parte del esquema de la tesis. Esquema es sinónimo de tabla de contenido que alude a las divisiones y subdivisiones de las que se compone un libro, una tesis, etc.

6. ¿Qué se ha investigado anteriormente sobre el tema planteado como problema?
 - *Exponer el marco teórico que sirve de base para desarrollar la investigación.*

7. ¿Qué se pretende probar?
 - *Verificar con certeza la formulación de la hipótesis si es cuantitativa; o la contundencia de nuestras argumentaciones (si es cualitativa).*

8. ¿Cómo se va a realizar la investigación?
 - *Diseño del procedimiento metodológico: métodos, instrumentos, técnicas y fuentes.*

9. ¿Cuáles son las fuentes iniciales del investigador?
 - *Bibliografía preliminar sobre los antecedentes del problema.*

10. ¿Cómo será expuesto el desarrollo de la investigación?
 - *Establecer el esquema y contenido de la tesis por capítulos (introducción, cuerpo y conclusiones).*

11. ¿Qué recursos materiales se necesita para la investigación?
 - *Presupuesto económico general para concretizar la investigación.*

12. ¿Cuánto tiempo demandará la investigación?
 - *Establecer el cronograma con plazos definidos por semanas o meses.*

4. ESTRUCTURA DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

4.1. SELECCIÓN DEL ÁREA Y TEMA DE LA INVESTIGACIÓN

El Derecho y el sistema jurídico es *ad infinitum*; las áreas y temas de investigación son diversos, pero no versan sobre el *todo*, sino sobre determinados contenidos; trata parte de los objetos del universo jurídico y su elección es una decisión de vital importancia. “Supone algo así como elegir el compañero de mucho tiempo y no con pocas preocupaciones. De la mejor o peor elección, en buena medida, dependerá el éxito de la empresa”²⁰². Conocer el Derecho en general y la materia específica, es importante en tanto el investigador compatibiliza el Derecho con el estado en que se halla el problema seleccionado.

Para el investigador todas las corrientes epistemológicas, teóricas, el sistema, ordenamiento y engranaje jurídico en general se hallan en cuestión. El Derecho no es algo absoluto, por tanto, nada está dicho definitivamente. En la vida real, el Estado, el Derecho y la sociedad se encuentran en constante desarrollo y transición, sean políticos, económicos o sociales, regularmente siempre en conflicto. Las teorías “más acabadas” o “sesudas”, tienen sus límites en la historia, el tiempo, contexto social y nivel científico y tecnológico; en las condiciones materiales y espirituales de los pueblos; en las particulares condiciones en que se desarrollan.

Existe gran variedad de hechos y fenómenos que generan temas de investigación, originadas en experiencias y comportamientos individuales o colectivos; en la producción intelectual (libros, revistas, periódicos, conclusiones de eventos académicos, tesis, jurisprudencia, etc.); en teorías y corrientes epistemológicas; en la doctrina jurídica nacional y el Derecho

²⁰² HERRERA, Enrique. *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires, Ed. ASTREA, 1998, p.48.

comparado. La simple observación a hechos sociales cotidianos y las actividades vitales, reflejan situaciones insolutas jurídicamente y que motivan el análisis científico. Estas ideas inicialmente vagas y genéricas requieren un análisis cuidadoso para transformarlas en temas de investigación. Cuando surge una idea para convertirlo en problema y tema de investigación debe familiarizarse con el campo de conocimiento donde se ubica la idea. Evidentemente, cuando mejor se conozca la idea sugerida, el proceso de afinar el tema se hará más fácil.

DANKHE²⁰³ sugiere que para generar ideas sobre temas de investigación deben considerarse los siguientes criterios:

- a. *Las buenas ideas intrigan, alientan y excitan al investigador de manera personal.* Al elegir un tema para investigar y más concretamente una idea, es importante que ésta nos resulte atractiva. No hay nada más tedioso que trabajar en una investigación que no nos interesa. En la medida en que la idea estimule y motive al investigador, éste se compenetrará más en el estudio y tendrá una mayor predisposición para salvar los obstáculos que se le presenten.
- b. *Las buenas ideas de investigación “no son necesariamente nuevas pero sí novedosas”.* En muchas ocasiones es necesario actualizar o adaptar los planteamientos derivados de investigaciones efectuadas en contextos diferentes.
- c. *Las buenas ideas de investigación pueden servir para elaborar teorías y la solución de problemas.* Una buena idea puede conducir a una investigación que ayude a formular, integrar o probar una teoría o a iniciar otros estudios que, aunados a la investigación, logren construir una teoría.

²⁰³ DANKHE, citado por HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, Carlos FERNÁNDEZ COLLADO y Pilar BAPTISTA LUCIO. En: *Op.cit*, pp. 5-6.

Jorge WITKER sugiere: “la elección del tema constituye (...) la determinación del perímetro en que se moverá el cuerpo central de la tesis”²⁰⁴. Consiguientemente, “el tema se identifica con la situación problemática y de ella se deriva el título de la tesis o de la investigación”²⁰⁵. Es usual que al inicio el investigador no logra perfilar ni definir el área ni el tema de investigación. Para eso estarán el asesor de tesis, los epistemólogos, metodólogos o más, específicamente, los *iusmetodólogos*, encargados de la materia respectiva en las Escuela de Postgrado.

4.2. EL TÍTULO PROVISIONAL DE LA TESIS

Toda tesis tiene un nombre, cuya correcta denominación es: el título. El título identifica y diferencia a la investigación (en este caso la tesis) de las demás, aunque el tema genérico sea similar. Se extrae del problema, otros la sustraen de la hipótesis o variables. El título “no debe ser una copia textual del enunciado del problema de investigación, sino que debe expresar de manera sintética, la idea central del estudio”²⁰⁶. Será pertinente, gramaticalmente redactado en forma correcta, con sintaxis y ortografía impecables, y “no debe ser muy largo ni muy corto”²⁰⁷, contendrá el menor número posible de palabras que describan adecuadamente el contenido de la tesis. El título es la tarjeta de presentación del investigador debiendo ser: original, novedoso, vigente, sugerente, atractivo, redactado con estética y expresar la esencia de la investigación. En su selección se diferenciará lo general de lo específico, es decir: el área y tema son el género, el título la especie.

Si para una tesis se seleccionara el área de Derecho Penal y el tema del aborto –tema por cierto polémico- resultaría incorrecto colocar como título: “*El aborto en el Perú*”, por ser genérico y panorámico, por tanto, inconveniente como título de tesis. Lo recomendable será buscar lo específico del tema, es decir, precisar desde el inicio el aspecto central de la investigación dada la

²⁰⁴ WITKER, Jorge. *La Investigación Jurídica*. México, McGraw-Hill, 1995, 28.

²⁰⁵ VELÁSQUEZ FERNÁNDEZ, Ángel R., y Nérida G. REY CÓRDOVA. *Metodología de la Investigación Científica*. Lima, Editorial San Marcos, 1999, p. 72.

²⁰⁶ *Ibíd.*, p.72.

²⁰⁷ TAMAYO HERRERA, José. *Op.cit.*, p.59

complejidad del problema del aborto en el país; este título propuesto inicialmente tiene carácter provisional, lo que puede perfeccionarse en adelante. En cambio, la modificación del tema o área de investigación, significa dar inicio a otro nuevo proyecto.

Señalemos la diferenciación en el ejemplo propuesto, el área, tema y el título de la tesis:

Área de estudio:

Derecho Penal

Tema de investigación:

El aborto en el Perú

Propuestas de los enunciados y títulos para la tesis de acuerdo al tema específico de investigación sobre aborto:

- *“El aborto por la causal de incesto en el Perú: necesidad de su legalización”.*
- *“El derecho al aborto por la causal de inseminación artificial en contra de la voluntad de la mujer”.*
- *“Causas y consecuencias de la incompatibilidad de posiciones de la ciencia, el Estado y la Iglesia frente al aborto en el Perú”.*
- *“El aborto en el pensamiento teológico, la ciencia y como problema jurídico en el concierto nacional e internacional”.*
- *“La intolerancia de la Iglesia Católica frente al ejercicio de los derechos de la mujer: caso el aborto”.*

Como observamos, sobre un mismo área y tema que forma parte de la doctrina, la dogmática y ordenamiento jurídico, se originan investigaciones con ópticas y títulos diferentes. En el caso sugerido no es materia exclusiva de análisis del Derecho, sino también de otras disciplinas del saber: la sociología, pedagogía, la medicina, la religión, la axiología, etc.

4.3. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA MATERIA DE INVESTIGACIÓN

Una vez elegido el área, tema y título provisional de la tesis, el siguiente paso es exponer el problema, inicialmente superficial, panorámico y abstracto. Es decir, plantear correctamente el problema en términos científicos: convertir el tema en problema científico. “Sólo cuando el tema, que es concebido (...) en una forma vaga, general y primitiva, se convierte en problema científico, puede en verdad decirse que tenemos un problema concreto del Derecho, para investigarlo y producir nuestra tesis”²⁰⁸. Los problemas en la investigación tienen su origen en fenómenos, casos, situaciones o hechos concretos de naturaleza jurídica que se presentan en la vida real, en la ausencia o deficiencias del Derecho, de la norma, su estructura y sistema. El punto nodal del conocimiento científico tiene su inicio en el *hecho científico*²⁰⁹, en Derecho denominado el *caso, hecho o fenómeno jurídico*.

¿Cómo se generan estos problemas?:

- a) Por las lagunas o vacíos de la ley y el Derecho.
- b) La existencia de diversas corrientes filosóficas, epistemológicas, teorías científicas y metafísicas, principios y enunciados jurídicos que contrastados unas de otras influyen en la estructura normativa de un Estado y el Derecho Internacional.
- c) La insuficiente explicación e interpretación de las normas, los fenómenos o hechos de trascendencia jurídica presentados como problemas inesperados en el ejercicio del Derecho, el desenvolvimiento de la sociedad, la vida política, económica, etc.
- d) Los resultados contradictorios producto de investigaciones sobre un mismo tema jurídico, sea en el Derecho nacional o el Derecho comparado.

²⁰⁸ TAMAYO HERRERA, José. *Op.cit.*, p.93.

²⁰⁹ El **hecho**, es el dato objetivo y real que sirve de base y punto de partida al conocimiento científico, y se utiliza para elaborar, confirmar o refutar teorías científicas. Como datos objetivos y reales, independientes de la conciencia de los hombres, los hechos son conocimientos auténticos, susceptibles de ser comprobados por constatación. Los hechos deben ser auténticos e irrefutables, si hay duda de su autenticidad no se podría constituir ninguna teoría científica, como tampoco se puede sistematizar los conocimientos.

- e) La inquietud del investigador que estudia en áreas específicas del Derecho, buscando relaciones con problemas pertenecientes a otras áreas del Derecho, tratando de uniformizarlos, hallar similitudes o aspectos diferenciales.
- f) La perenne disputa de las diversas teorías, corrientes o concepciones filosóficas e epistemológicas del Derecho ya conocidas, buscando hacer prevalecer unos sobre los otros, interpretando o desarrollando los existentes.
- g) En la necesidad del desarrollo de nuevos enfoques y procedimientos metodológicos en la investigación jurídica, la explicación de las nuevas figuras e instituciones jurídicas que surgen como consecuencia del acelerado proceso de globalización y adelantos de la ciencia y la tecnología.
- h) Problemas relacionados a la protección y la seguridad jurídica, aplicabilidad de la norma al hecho concreto, clases de interpretación o criterios de interpretación de los operadores, descriminalización de conductas típicas, criminalización de conductas atípicas, incorporación de derechos constitucionales, integrar nuevas instituciones al ordenamiento jurídico y todo cuanto tenga que ver con la estructura y funcionamiento del Derecho positivo.
- i) El perfeccionar el ordenamiento y sistemas jurídicos vigentes, la administración de justicia, la potestad legislativa, determinar las responsabilidades de los operadores de la administración de justicia del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Tribunales Arbitrales, Fuero Militar, etc. Propuestas para mejorar la calidad de la administración pública en los diferentes niveles, elevar la eficacia y eficiencia de la administración de justicia.

El origen de los problemas, a decir de PARDINAS, depende de la elección de problemas de verdadero contenido científico y para ello se debe tomar en cuenta tres criterios de calificación: el primero es su relevancia científica, ¿qué nuevos conocimientos aportan a la solución del problema? el

segundo, es la relevancia humana, ¿qué significado va a tener para la comunidad o para el mundo la investigación que voy a emprender? y el tercero, la relevancia contemporánea, el investigador debe preguntarse si el problema escogido es un servicio concreto para resolver un problema actual²¹⁰. Los problemas tienen su evidencia en hechos reales fácticos o ideales, en consecuencia, no en abstracciones o disquisiciones ni puramente fácticas ni idealistas.

Ejemplo de la formulación de un problema con el enfoque cualitativo para una tesis:

Si consideramos como propuesta de tesis la sugerencia anterior con el título:

- *“El aborto en el pensamiento teológico, la ciencia y como problema jurídico en el concierto nacional e internacional”*, una síntesis del problema sería:

En el Perú, al igual que en el Derecho internacional, a inicios del siglo XXI, no está aún definido ni resuelto jurídicamente el problema del aborto. Mientras en algunos países se ha legalizado el aborto por conveniencias económicas, sociales y políticas (caso de la República Popular China); otros la han legalizado en forma parcial, bajo consideraciones médicas y científicas a través de fórmulas legislativas o sentencias de tribunales constitucionales (caso Colombia y el Estado de México), en cambio, hay Estados donde está prohibido el aborto. El debate confrontacional se libra desde diferentes posiciones: la Iglesia negando absolutamente cualquier forma de aborto haciendo prevalecer sus concepciones teológicas; la ciencia médica que la acepta bajo fundamentos de la medicina científica; el Derecho a través de normas –aprobando o recusando el aborto– provenientes de los poderes legislativos o sentencias de tribunales constitucionales amparado en consideraciones axiológicas y los derechos fundamentales de la persona.

De todas las concepciones confrontadas, aparece que la más intolerante es la posición de la Iglesia, pues, los promotores de las propuestas para debatir el problema del aborto y su posible legalización, total o parcialmente, amparado en consideraciones científicas, axiológicas,

²¹⁰ PARDINAS, Felipe. *Metodología y técnica de investigación en ciencias sociales*. México, Siglo XXI, 1969, p. 45.

jurídicas y socio-económicas, son amenazados con sanciones de excomunión de la Iglesia Católica, sin mayores fundamentos sobre si la posición de la Iglesia, la ciencia, el Derecho o los valores humanos tienen la razón.

Frente a este complejo panorama que compromete a todos los países, las Naciones Unidas como organismo regulador del ordenamiento jurídico internacional está obligado a debatir el problema, diseñando orientaciones y recomendaciones científicas, jurídicas y morales para regular el aborto en sus Estados miembros. Desde nuestra óptica jurídica y científica, estamos por la regulación del aborto como derecho de la mujer por determinadas causales y circunstancias psicobiológicas, también, por consideraciones relacionados al derecho a la dignidad de la persona humana.

Otro ejemplo sobre el planteamiento del problema:

Si se presentara un caso relacionado a la responsabilidad extracontractual proveniente de un accidente automotor con daños personales y materiales, se considerará básicamente tres aspectos en la estructuración del problema:

- a) *En primer lugar, se tiene que determinar cuáles son los hechos relevantes que sirven de base para formular los problemas jurídicos. Si se está planteando por ejemplo, un problema de responsabilidad civil extracontractual, se tendrá que establecer si el comportamiento del autor fue o no culposo, si hubo daño, si entre el comportamiento y el daño hubo relación de causalidad, si hubo culpa por parte de la víctima, etc. Cada hecho relevante que se establezca hará variar la formulación del problema jurídico y, por ende, la solución del mismo.*
- b) *En segundo lugar, se tiene que establecer la prueba de los hechos concretos a partir de los cuales se infieren los hechos jurídicos relevantes. Siguiendo con el punto anterior, se debe definir si hubo por parte del autor de los hechos imprudencia o impericia que permitan establecer la culpa, la naturaleza concreta de los daños causados, etc., determinando en cada caso los medios que servirán para probarlos dentro del proceso, pues desde los romanos se dice que “tanto da no probar, como no tener derecho”.*
- c) *En tercer lugar, es necesario determinar la relación lógica que existe entre los hechos concretos probados y los hechos jurídicos relevantes, en todos los casos en que éstos se refieran a fenómenos subjetivos o a juicios de valor. Por ejemplo, si se trata del daño causado con un vehículo automotor, se debe establecer si conducir sin licencia (hecho concreto probado), se infiere comportamiento culposo por parte del autor del daño (hecho jurídico relevante).*

Como vemos, la formulación del problema a partir de los fenómenos jurídicos crea problemas adicionales en el proceso de investigación que son: determinación de los hechos que son relevantes para formular los problemas; establecimiento de la prueba de los hechos concretos de donde se infieren los hechos jurídicos relevantes, y determinación de la connotación jurídica de tales hechos concretos²¹¹. “Un problema jurídico está integrado por dos elementos: el *aspecto jurídico* considerado, y los *hechos* que son relevantes para dicho aspecto jurídico. El aspecto jurídico considerado es el punto de Derecho que queremos dilucidar. En términos generales podemos decir que es la consecuencia o la connotación jurídica que el Derecho establece para una serie de hechos”²¹². Los hechos relacionados con el campo jurídico, son también acontecimientos, hechos y fenómenos que están en permanente movimiento, sujetos a sufrir variaciones de acuerdo a las condiciones sociales, políticas, culturales y económicas; expresan tendencias reflejadas en la normatividad vigente.

4.4. LOS INTERROGANTES DEL PROBLEMA

El problema en cuestión también es simbolizado a través de interrogantes planteados acerca de hechos reales o fenómenos concretos, cuyo conocimiento aún no ha sido aclarada y necesitan solución. Son formulados a partir de una duda respecto del conocimiento general y científico, ante dificultades que no pueden resolverse automáticamente con la sola acción de nuestros reflejos instintivos y condicionales, sino que exigen ser investigados empírica o racionalmente. Una interrogante inquiriere sobre la forma en que están relacionadas dos o más variables (hechos, fenómenos o eventos).

Estas oraciones interrogativas se preguntan ¿Qué relación existe entre dos o más variables? Un problema científico regularmente contiene dos o más variables, sugiriendo considerar los siguientes criterios: ha de expresar una relación entre dos o más variables; debe formularse en forma clara y sin

²¹¹ GIRALDO ANGEL, Jaime y Oswaldo GIRALDO LÓPEZ. *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*. Séptima Edición. Santafé de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1996, pp. 6-7.

²¹² *Ibíd.*, p. 12.

ambigüedades; su formulación permita una verificación empírica o explicación racional y lógica. El Derecho, no es una ciencia únicamente fáctica o empírica, hay hechos jurídicos en las cuales no se requiere la comprobación y verificación empírica por su condición de cualitativa.

Los interrogantes responden la inquietud por establecer, principalmente, la relación *causa-efecto*. Se hacen con diversas preguntas: ¿Por qué? ¿A qué se debe? ¿Cuál es la causa? En cambio cuando se realizan estudios descriptivos, donde la observación desea establecer el estado actual de un fenómeno, la pregunta fundamental se plantea ¿Cómo es? Se sugiere que en la determinación del problema, se asegure que éste no sea demasiado amplio ni abstracto; de tal manera que defina con precisión los límites del problema.

En la investigación jurídica los interrogantes se asemejan a las *cuestiones de hecho* expuestas en las preguntas y respuestas que se hacen los magistrados del Poder Judicial para definir el fallo. En ese sentido las interrogantes, preferentemente, deben ser respondidas tentativamente con un *si* o con un *no*. Cuantas más preguntas sean respondidas positivamente, significará que estamos en un buen derrotero. No somos del criterio de hacer preguntas abstractas que queden en la nebulosa.

Si tomamos como modelo el problema expuesto líneas arriba sobre el aborto, los interrogantes vendrían a ser:

¿Es conveniente que el aborto sea regulado por el Derecho Internacional a nivel de las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos?

¿Es conveniente que la OMS adopte recomendaciones sobre el aborto en el contexto internacional?

¿Será conveniente que la Iglesia Católica modifique su posición frente al aborto, por consideraciones científicas, jurídicas y axiológicas?

¿Son correctas las tendencias jurídicas que reconocen el derecho al aborto cuando se ponen en riesgo la salud, la vida y la dignidad de la mujer?

Las preguntas deben formularse de lo general a lo particular y el investigador tiene que objetivarla deduciendo las dificultades jurídicas a partir de la realidad cotidiana y concreta.

4.5. DETERMINACIÓN DE LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.5.1. DEFINICIÓN DE OBJETIVOS

Se define como los enunciados que se pretende alcanzar o la aspiración que orienta la acción ordenada para su consecución. Los objetivos de la tesis, deben expresarse con claridad para evitar desviaciones en el proceso de investigación. WITKER refiere: “El objeto de la tesis está constituido por aquella parcela de la realidad jurídica sobre la cual concentramos nuestra atención para describir, comparar, analizar, proyectar o detectar la evolución de una institución o problema jurídico específico (...) Es el eje sobre el que gira la investigación, desde el inicio hasta el final²¹³”.

Como tales, se constituyen en los “supremos objetivos teleológicos que lo han animado a realizar su trabajo científico, aquellas metas jurídicas y metajurídicas, que persigue con la elaboración de la tesis²¹⁴”. Sin ellos significaría caminar como los ciegos, sin rumbo. Su enunciado no debe ir más allá de las posibilidades de su consecución, tienen que ser tangibles. Como advierte *El Corán* a sus creyentes “Si no sabes a donde vas no habrá ningún camino que te lleve allí”.

²¹³ WITKER, Jorge. *Op. cit.*, p.25.

²¹⁴ TAMAYO HERRERA, José. *Op. cit.*, p.59.

4.5.2. OBJETIVOS²¹⁵ GENERALES Y ESPECÍFICOS

La diferencia está en el nivel de especificación y cualificación y no simplemente en la forma.

a) Objetivos generales: son los panorámicos dentro el proyecto de investigación, los que enfocan el Derecho *in totum*, como un todo; contiene los grandes lineamientos teleológicos de lo que finalmente queremos conseguir. Este objetivo no establece soluciones concretas, sino generales. “Es el logro mediato de la actividad científica. Sus resultados son más amplios. Para conseguirlos se tiene en cuenta los resultados de los objetivos específicos que le dan debida consistencia”²¹⁶, en otros términos, vienen a ser “los logros terminales, que el investigador los ha de conseguir al final de su actividad investigativa”²¹⁷.

b) Objetivos específicos: son los concretos y definidos, los que crean, innovan, modifican, perfeccionan o critican una institución o figura jurídica que incide sustancialmente en el cumplimiento del objetivo general; metas inmediatas a las cuales arribará el investigador, siendo sus resultados singulares. A partir de estos logros parciales o por etapas que pretenden dar cumplimiento a los objetivos generales.

En otras palabras, la diferencia está en que los objetivos generales ofrecen resultados generales finales; los específicos, se refieren a situaciones particulares que inciden o forman parte de la estructura de los objetivos terminales, o también, los alcances desagregados y particularizados del objetivo o los objetivos finales que contemplan aspectos holísticos del

²¹⁵ La ANR, en “*Hacia un lexicón universitario*”, define al **objetivo**, como el enunciado que se pretende alcanzar. Aspiración que orienta la acción ordenada y más variable para su consecución. No es contrario a las denominadas “competencias”, pues en él pueden estar incluidas. Es la situación por alcanzar, descrita en función de una organización, funciones, mecanismos de interacción, infraestructura física, humana, económica y financiera que satisface una determinada aspiración.

²¹⁶ QUIRÓZ SALAZAR, William. *Op. cit.*, p. 77.

²¹⁷ RAMOS SUYO, Juan Abraham. *Op. cit.* 172.

problema. Los objetivos se formulan correctamente con las siguientes consideraciones:

- a) Debe comprometer metas concretas, evitando las panorámicas; procurar que ellas estén al alcance y posibilidades del investigador, que dependan de la acción de quien los propone.
- b) La presentación formal se efectúa planteándolos con el infinitivo de verbos que señalen la acción que ejecuta el investigador: *verificar, identificar, plantear, encontrar, analizar, comprobar, demostrar, conocer, describir, señalar, someter, redactar, contestar, etc.*
- c) Deben ser precisos y no difusos a fin de no perder la razón central de la investigación. La precisión de la habilidad del investigador, del alcance de lo que se persigue, los propósitos del estudio y criterio del investigador.
- d) En la investigación jurídica, se recomienda plantear uno o dos objetivos generales; y entre los específicos, tres o cuatro objetivos. Cuanto más específico sean los objetivos, facilitará su encuadramiento en el área de la investigación, evitando la dispersión de nuestros esfuerzos. Concentrar los esfuerzos en menos objetivos, no disminuye la calidad de la investigación, por el contrario, le dará mayor solidez.

Si el tema de la tesis versara sobre:

“El rol del Ministerio Público en consideración a la aplicación del nuevo Código Procesal Penal y aspectos dogmáticos diferenciales en su aplicación”.

En este caso se propondría como objetivos:

- **Objetivo general:**
 - a) ***Analizar y evaluar, el desempeño de los representantes del Ministerio Público con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, señalando los aciertos y desaciertos en el cumplimiento de sus funciones a un año de su aplicación en las jurisdicciones de la zona norte del país.***

- b) **Vigorizar**, el rol Ministerio Público en el cumplimiento de sus atribuciones en concordancia al nuevo Código Procesal Penal en el afán de hacer más eficaz y eficiente la administración de justicia.
- **Objetivos específicos:**
 - a) **Explicar**, los fundamentos exegéticos y dogmáticos sobre las nuevas atribuciones y funciones de los representantes del Ministerio Público en las diferentes etapas del nuevo procesal penal: la investigación preparatoria, la etapa intermedia, y el juzgamiento.
 - b) **Evaluar**, las experiencias de la aplicación del nuevo Código Procesal Penal en la zona norte del país y el rol de los representantes del Ministerio Público en el proceso de administración de justicia penal.
 - c) **Analizar**, los inconvenientes del sistema acusatorio en la aplicación del nuevo Código Procesal Penal en la administración de justicia.
 - d) **Sugerir**, propuestas para un eficiente cumplimiento del rol de los representantes del Ministerio Público en el nuevo proceso penal.

4.6. JUSTIFICACIÓN Y UTILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

Una investigación no se origina como consecuencia de las buenas intenciones o capricho de las personas, surge con un propósito definido y ese propósito debe ser suficientemente importante que justifique su realización. Sus resultados deben resolver problemas concretos y aportar nuevos conocimientos a la teoría del Derecho, la aplicación y ejercicio de la norma jurídica.

Los móviles de la investigación son de diversa índole: teóricas, legal, epistemológica, filosófica, metodológica o práctica. Esas son *las razones* por las cuales una tesis tiene aceptación en el mundo académico, por ello, es importante que el tesista piense detenidamente acerca de lo relevante de su investigación, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones a manera de justificación de la tesis:

a) **Conveniencia jurídica y legal:**

Es cuando el investigador se convierte en “legislador”: formula propuestas legislativas y normativas ante un problema existente

en el ordenamiento jurídico; propone modificaciones o la derogatoria de las existentes fundamentando su razones; hace interpretaciones de la jurisprudencia; se pronuncia sobre la estructura y conveniencia del sistema normativo y constitucional.

b) *Relevancia social:*

El Derecho como tal tiene que ser relevante socialmente, es decir, debe resolver los conflictos sociales en sus diversas instancias y dimensiones con eficacia y eficiencia, haciendo prevalecer los principios de oportunidad, celeridad, equidad, etc.

c) *Implicancias prácticas:*

La investigación jurídica tiende a resolver hechos y problemas concretos de la realidad circundante; dichas propuestas deben ser pertinentes, útiles, claras, tangibles y verificables en la administración de justicia y las relaciones interpersonales; explicará los procedimientos y mecanismos de solución, sus límites y dificultades.

d) *Valor teórico:*

Toda investigación ostenta valor teórico cuando crea, innova, renueva o somete a crítica las concepciones *iusfilosóficas* y epistemológicas, las tendencias o corrientes jurídicas. Son básicamente trabajos teóricos cualitativos.

e) *Utilidad metodológica:*

Será útil si la investigación propone determinados procedimientos para resolver problemas, estudiar hechos o fenómenos jurídicos, si permite incrementar el conocimiento científico y filosófico acerca del derecho.

4.7. ALCANCES E IMPORTANCIA DEL MARCO TEÓRICO EN LA INVESTIGACIÓN

4.7.1. ASPECTOS CONCEPTUALES

Regularmente la investigación jurídica se realiza en el marco de una teoría²¹⁸ o corriente epistemológica que establece los límites y la orientación del tema de investigación, señala las pautas del modelo referencial que se pretenda: preservar, desarrollar, interpretar, cuestionar o transformar un aspecto del mundo jurídico. “La actividad científica más importante –la más profunda y la más fecunda- se centra en torno a teorías”²¹⁹, empero “la teoría científica perfecta (completa y enteramente precisa) no existe ni existirá nunca”²²⁰. Y, “como no puede haber teoría perfecta, debemos intentar construir cada vez mejores, o sea, contribuir al progreso teórico, lo cual sería imposible si la perfección fuera alcanzable”²²¹. No existe práctica alguna sin teoría. La construcción teórica es una ardua tarea del investigador, es el fundamento y razón de ser de la investigación jurídica.

La teoría en la investigación se define como el conjunto de construcciones conceptuales, definiciones y proposiciones relacionadas entre sí, ofrecen un punto de vista específico de los fenómenos, señala las relaciones existentes entre variables con el fin de explicar y predecir los fenómenos. En el Derecho, las teorías y escuelas explican fenómenos jurídicos, amplían los conocimientos y orientan las investigaciones hacia el descubrimiento de nuevas relaciones causales o no causales entre los fenómenos que forman parte de la Ciencia del Derecho.

²¹⁸ **Teoría**, en sentido estricto, se refiere a cualquier ordenamiento sistemático de ideas acerca de los fenómenos –como el jurídico, educativo, económico, político, histórico, etc., de un determinado sector de la realidad sociohistórica. Una teoría está integrada por constructos y sus relaciones recíprocas, y la ciencia –como es evidente- consiste, por una parte, en teoría, y por la otra, en evidencia empírica, es decir, en objetos observables que le sirven de base. Es obvio entonces que al “interior” de la ciencia se solidariza recíprocamente la teoría y la evidencia empírica.

²¹⁹ BUNGE, Mario. *La investigación científica; su estrategia y su filosofía*. 4ª edición. Barcelona, Editorial Ariel, 1997, p. 413.

²²⁰ *Ibíd*, p. 422.

²²¹ *Ibíd*, p. 423.

Elaborar el marco teórico “implica el análisis crítico de los antecedentes del problema, la exposición de los supuestos de la investigación, la reflexión acerca de las teorías relacionadas y elaboración, sobre esta base, de un fundamento teórico coherente para el problema, a partir del cual se pueden interpretar los resultados del estudio. El marco teórico constituye el principal referente, aparte de los datos empíricos disponibles, para la formulación y fundamentación de las hipótesis o de las otras formas que adoptan las soluciones de los problemas”²²². Demuestra el grado de conocimiento que ostenta el investigador sobre el tema. Sin un fluido conocimiento de los aspectos que anteceden al problema, toda proposición teórica será superflua.

Formular el marco teórico significa el encuadre teórico del problema, su inclusión en una teoría, corriente, tendencia, ideología o religión existente o la fundamentación²²³ de una nueva, mediante la obtención y consulta de la literatura pertinente sobre el tema. De acuerdo con la información que recabemos, mencionaremos los principales enfoques teóricos que se han expuestos sobre el tema: autores nacionales y extranjeros, tendencias predominantes, ideas centrales, metodologías utilizadas, etc.

Pongamos tres ejemplos:

- Si el tema de investigación de la tesis fuera: **“El sistema jurídico angloamericano y su recepción en el Perú”**, en el marco teórico utilizaremos preferentemente el método histórico estudiando la filosofía inglesa, el pensamiento jusfilosófico estadounidense, el Common Law y sus fundamentos, países receptores de dicho sistema, innovaciones actuales, su influencia en el Derecho contemporáneo, la recepción en el Derecho peruano etc. En el desarrollo resultará imprescindible estudiar a los precursores del método histórico: HUGO, SAVIGNY, PUTCHA, entre otros.
- Si el área y tema de la tesis fuera en lo penal sobre: **“La tipicidad en el Derecho Penal y Procesal Penal peruano”**, habrá que acopiar

²²² VELÁSQUEZ FERNÁNDEZ, Ángel y Nérida REY CÓRDOVA. *Metodología de la investigación científica*. Lima, Editorial San marcos, 1999, p.83.

²²³ **Fundamento** constituye el principio o base de una cosa. El fundamento del conocimiento o de cualquier proceso, es, la explicación y justificación del mismo mediante razones y argumentos en los que se hace descansar su validez.

bibliografía para enriquecer el marco teórico sobre el concepto de tipo, tipo y tipicidad, tipicidad y antijuricidad, el tipo en la legislación peruana, acción y tipo, la estructura del tipo, el nexos causal, los delitos dolosos, clasificación del dolo, los delitos culposos, naturaleza de la culpa, clasificación de la culpa, ausencia y tipicidad, análisis del Derecho comparado, la jurisprudencia pasada y última, etc. Además resultará pertinente, desarrollar aspectos genéricos sobre los antecedentes, teorías, escuelas y corrientes.

- Tratándose de un área y tema constitucional cuyo enunciado de la tesis fuera: **“Desarrollo histórico constitucional de los derechos de la persona humana”**, el marco teórico histórico contendrá un estudio del Derecho comparado: el reconocimiento de los derechos del hombre en el Derecho romano, inglés, español, francés y el alemán, particularmente; análisis de los siguientes documentos ingleses: la Carta Magna, la Petición de los Derechos, el Acta de Habeas Corpus, The Hill of Righth o Declaración de los Derechos; el Acta de Independencia norteamericana y su Constitución; la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución francesa; contenido jurídico doctrinario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el proceso de incorporación en las Constituciones; desarrollo de los principales derechos fundamentales del hombre en el constitucionalismo contemporáneo; la incorporación de los derechos de la persona en el constitucionalismo peruano, entre otros aspectos.

4.7.2. ELEMENTOS DEL MARCO TEÓRICO

a) Antecedentes del problema

Es la exposición de los antecedentes más resaltantes realizados sobre el tema²²⁴. Responde a las siguientes interrogantes: ¿El tema específico ha sido tratado con anterioridad? ¿Cuánto se ha escrito sobre el tema? ¿Qué consistencia epistemológica tiene lo ya tratado? ¿Qué soluciones ha tenido? ¿Pueden ellas considerarse definitivas? ¿Son válidas para nuestra realidad y la actualidad? ¿Qué aspectos no han sido tratados y resueltos satisfactoriamente? En este aspecto precisa utilizar el método histórico.

²²⁴ Los **antecedentes** de la investigación, también, supone, una revisión de la bibliografía acerca de trabajos de investigación anteriores, vinculados con el problema de nuestra indagación. En este rubro es importante presentar un breve resumen de los estudios o investigaciones similares que se hayan realizado, con lo que también se trata de evitar repeticiones innecesarias. Además es importante recurrir a los antecedentes, porque, familiariza al investigador con el problema, clarificándole ideas, orientándolo sobre los métodos a utilizar y evita la duplicidad en el trabajo.

b) Supuestos de la investigación

Comprende las bases teóricas y forma parte de la misma. Los supuestos constituyen los fundamentos teóricos que se tiene como dado, y por tanto no es objeto de cuestionamiento por el investigador, más bien, deriva del mismo y de los principales enunciados del problema.

c) Enjuiciamiento de las bases teóricas:

El planteamiento de las bases teóricas implica el enjuiciamiento crítico de las mismas que no han sido tratadas en el análisis de los supuestos. Esta tarea no supone una simple referencia de los trabajos incorporando un conjunto de citas textuales, sino el análisis profundo a partir de los elementos rescatables de tales teorías que en opinión del investigador, pueda aportar una perspectiva conceptual adecuada a los requerimientos de lo investigado.

d) Definición de términos básicos:

La definición de términos es esencial en toda investigación²²⁵. Es conveniente que el investigador incluya un glosario de los principales conceptos que definan claramente el sentido en que se utilizan, es necesario porque incluso en una misma disciplina, un mismo vocablo puede tener diferentes acepciones. Las funciones y la utilidad del marco teórico amplía la descripción y el análisis del problema, orienta la organización y fundamenta los datos y hechos relevantes; permite descubrir las relaciones de un problema a partir del conocimiento y aplicación de las teorías existentes. Por ello se afirma: “donde no hay teoría no hay ciencia”, permite además, contrastar el binomio teoría-praxis, que es de vital importancia en toda investigación.

²²⁵ La **definición de términos**, significa la aclaración del sentido en que se utilizan las palabras conceptos. **Definir**: fijar con precisión la significación de una palabra y/o naturaleza de una cosa.

4.8. LA HIPÓTESIS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

4.8.1. REFERENCIAS CONCEPTUALES

La hipótesis constituye el punto medular del proyecto de investigación, es la clave para el éxito de toda investigación y surge de la correcta formulación del problema. “Son las guías para una investigación o estudio. Las hipótesis indican lo que tratamos de probar y se definen como explicaciones tentativas del fenómeno investigado”²²⁶. Señala Mario BUNGE, “el centro de la actividad cognoscitiva de los seres humanos son las hipótesis (...) pero frecuentemente se ignora el papel central de la hipótesis en la ciencia a causa de que, en el lenguaje común, ‘hipótesis’ sigue usándose en un sentido peyorativo, a saber, como suposición sin fundamento ni contrastación, como conjetura dudosa y probablemente falsa que no tiene lugar alguno en la ciencia”²²⁷.

Jorge WITKER, al igual que RAMOS NÚÑEZ, reconocen que “la formulación de la hipótesis es un paso capital para la buena investigación”²²⁸, por tanto, **“la hipótesis constituye el corazón de la tesis”**²²⁹. Es formulada en consideración al material teórico disponible, con la ayuda de los datos empíricos que el investigador inicialmente haya obtenido y a través de un acercamiento con la problemática analizada por medio de la observación.

HERNÁNDEZ SAMPIERI y coautores, sostienen que no todas las investigaciones plantean hipótesis. El hecho de que formulemos o no hipótesis depende de un factor esencial: el alcance inicial del estudio. Las hipótesis en la investigación cuantitativa, se someten a prueba en la “realidad” cuando se aplica un diseño de investigación, se recolectan datos con uno o varios

²²⁶ Cfr. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y coautores. *Metodología de la investigación*. 4ª ed. México, McGraw-Hill, 2006, p. 122.

²²⁷ BUNGE, Mario. *La Investigación Científica*. 4ta.ed. Traducción de Manuel Sacristán. Barcelona, Editorial Ariel, 1997, p. 250-251.

²²⁸ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo hacer la tesis de Derecho*. 2da.ed. Lima, Ediciones Gaceta Jurídica, 2002, p.113.

²²⁹ *Ibíd.*, p. 123.

instrumentos de medición y se analiza e interpretan esos mismos datos. Las investigaciones cuantitativas que formulan hipótesis son aquellas cuyo planteamiento define que su alcance será correlacional o explicativo, o las que tienen un alcance descriptivo, pero que intentan pronosticar una cifra o un hecho. En cambio, los estudios cualitativos, por lo regular, no formulan hipótesis antes de recolectar datos (aunque no siempre es el caso). Su naturaleza es más bien inducir las hipótesis por medio de la recolección y el análisis de los datos²³⁰. En el enfoque cualitativo, las hipótesis, más que para probar, sirven para incrementar el conocimiento de un evento, un contexto o una situación. Su simple planteamiento da mayor sentido al fenómeno o hecho jurídico analizado.

Se tiene diversas acepciones sobre el significado de la hipótesis:

- MIXÁN MASS manifiesta que la hipótesis jurídica tiene un contenido de naturaleza predominantemente fáctica (referida a actos, hechos, fenómenos, situaciones, relaciones) y sólo eventualmente puede incidir algo de carácter jurídico. Es eminentemente predictivo²³¹.
- SELLTIZ, afirma: “Es una proposición o principio que es aceptado quizá sin fe, con el objeto de obtener consecuencias lógicas y por este método comprobar su acuerdo con los hechos que son conocidos o que pueden ser determinados”²³².
- LADRÓN DE GUEVARA, define: “Hipótesis es una proposición enunciada para responder tentativamente a un problema. Proposición es un conjunto de palabras que expresan un sujeto y sus atributos gramaticales, relacionados entre sí por un verbo. El adverbio

²³⁰ Cfr. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y coautores. *Op. cit.*, p. 122.

²³¹ MIXÁN MASS, Florencio. *Lógica, enunciativa y jurídica*. 3ra.ed. Trujillo, Ediciones BLG, 2002, p.226.

²³² SELLTIZ, Claire. *Método de investigación en las relaciones sociales*. Madrid, Ediciones Rialp S.A., 1976, p.52.

tentativamente dice que proponemos la respuesta sin saber aún si las observaciones, hechos o datos, la comprobación o la refutación”²³³.

- HERNÁNDEZ SAMPIERI y coautores, indican: “Las hipótesis pueden definirse como explicaciones tentativas del fenómeno investigado formuladas a manera de proposiciones”²³⁴.
- WITKER, sostiene: “La hipótesis es una herramienta del método científico que supone una conjetura que se hace sobre un tema, que consta de una parte objetiva y otra subjetiva, y que sirve para resolver problemas científicos”²³⁵.
- ROJAS SORIANO, dice es “aquella formulación que se apoya en un sistema de conocimientos organizados y sistematizados y que establece una relación entre dos o más variables para explicar o predecir en la medida de lo posible, aquellos fenómenos de una parcela determinada de la realidad en caso de comprobarse la realidad establecida”²³⁶.
- TAFUR PORTILLA, expone: “las hipótesis son juicios de posibilidad que expresan condicionalmente una relación entre variables y que exigen una contrastación científica”²³⁷.
- AMIEL PÉREZ, dice: “La hipótesis es una proposición comprobable que se enuncia para responder tentativamente al planteamiento de un problema no resuelta. Es decir, la conjetura o supuesto que se anticipa una posible solución al problema”²³⁸.

²³³ LADRÓN DE GUEVARA, Laureano. *Metodología de la investigación científica*. Bogotá, Universidad Santo Tomás, 1978, p. 140-141.

²³⁴ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, Carlos FERNÁNDEZ COLLADO y Pilar BAPTISTA LUCIO. *Metodología de la Investigación*. México, McGraw-Hill, 1991, p. 76.

²³⁵ WITKER, Jorge. *La Investigación Jurídica*. México, McGraw-Hill, 1995, p. 29.

²³⁶ ROJAS SORIANO, Raúl. *Guía para realizar investigaciones sociales*. México, Textos Universitarios, FCPS, UNAM, 1979.

²³⁷ TAFUR PORTILLA, Raúl. *Op. cit.*, p. 29.

²³⁸ AMIEL PÉREZ, José. *Metodología de la Investigación Científica*. Lima, CONCYTEC, 1993, p. 48.

- DEL ÁGUILA VILLACORTA, afirma: “Se considera hipótesis como formulación de una suposición que se realiza para responder tentativamente al planteamiento del problema”²³⁹.
- SOLÍS ESPINOZA, considera “hipótesis es un enunciado o proposición tentativa sometible a prueba, acerca de la relación entre dos o más variables, que puede ser la respuesta al problema y que se acepta temporalmente”²⁴⁰.

Como se verifica del contenido de todas las definiciones expuestas, no son excluyentes, por el contrario, se complementan.

4.8.2. IMPORTANCIA DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis es importante como herramienta de trabajo, cuyo propósito es llegar a explicar hechos o fenómenos que caracterizan o identifican el objeto materia de la investigación. Cumple un papel rector o regulador en el proceso de obtención del conocimiento, ya que son respuestas anticipadas a los problemas del conocimiento que una vez formulados guían al investigador por medio de su comprobación. Son guías insustituibles del investigador. Determina las técnicas que servirán para comprobar o descartar las suposiciones efectuadas inicialmente.

La *hipótesis* se plantea con el propósito de llegar a explicar hechos o fenómenos que caracterizan o identifican el objeto de investigación. Formularla implica un pleno conocimiento del *problema*, al igual que del *marco teórico*. Por ello, su planteamiento es posterior a estas fases en el proyecto de investigación y es casi siempre fruto de la observación. Pero no siempre tan sólo de ella, intervienen también la imaginación, el conocimiento, la experiencia y

²³⁹ DEL ÁGUILA VILLACORTA, José. *Técnicas de Investigación*. Lima, Editorial. San Marcos, 1983, p. 33.

²⁴⁰ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la investigación jurídico social*. Lima, Editores ByB, 2001, p. 155.

particularmente la capacidad inductiva y deductiva del investigador así como su habilidad para el análisis y síntesis.

4.8.3.PRESUPUESTOS PARA LA FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

El planteamiento de la hipótesis no es anárquico ni refleja subjetividades, su correcta formulación supone cumplir cuanto menos los siguientes presupuestos:

- a) Contiene una respuesta provisional al problema planteado; es una inicial explicación para solucionar un problema, por tanto no es una respuesta definitiva.
- b) Se formula de tal manera que sus enunciados puedan ser sometidos a prueba empírica o al razonamiento lógico-jurídico.
- c) Facilita la investigación al formularse en términos de *relación de causalidad*. Para poder establecer *causalidad* se requiere que antes se haya demostrado correlación, pero además, la *causa*²⁴¹ debe ocurrir antes que el efecto. Toda *relación* o *causalidad* entre hechos pueden darse entre hechos sencillos o complejos, unidimensionales o multidimensionales; para ello han de identificarse variables independientes y dependientes.
- d) Requieren ser planteadas en lo posible en forma sencilla y clara, tanto en términos de implicaciones teóricas como al número de variables e indicadores, procurando sea objetiva y comprensible.
- e) Evitar el empleo de adjetivos y juicios de valor que induzcan a apreciaciones subjetivas. Deben responder a una realidad observada en

²⁴¹ La **causa** es el fundamento u origen de algo. Causa de un problema es el conjunto de circunstancias que lo originan. Todo aquello que produce un efecto o cambio. **Causal**, en cambio significa la razón que origina alguna cosa. Motivo en que se funda algo.

forma objetiva e imparcial, por ello, no puede estar ligada a creencias o sospechas personales inferidas por juicios de valor²⁴².

- f) Su contenido “debe estar directamente relacionada con el problema y el marco teórico de la investigación y derivarse de él”²⁴³.
- g) Procurar respetar la estructura y consistencia lógica. “Debe cumplir el principio de no-contradicción, es decir, no debe contradecirse lógicamente”²⁴⁴.
- h) Formularla científicamente, lo que supone: “utilizarse el sistema de categorías y conceptos de la ciencia, así como una redacción clara y precisa”²⁴⁵.
- i) Capacidad de predicción: “no sólo debe explicar los fenómenos, sino también pronosticar la ocurrencia de hechos desconocidos, así como el modo que tendrán lugar. La capacidad predictiva de la hipótesis es directamente proporcional a su grado de generalidad”²⁴⁶.

La estructuración la hipótesis jurídica contiene una *base objetiva* que emana regularmente de la legislación positiva, de una figura jurídica, de un principio o base conceptual doctrinaria aceptada por la Ciencia Jurídica y de cuya premisa se hacen desprender suposiciones o conjeturas que, precisamente, implican el camino a probar o desaprobado la que debe desencadenar un producto jurídico nuevo, interpretativo, lógico-formal o empírico. En otras palabras, la hipótesis, que emerge de un problema jurídico, y como tal, se convierte en guía insustituible del trabajo científico. Cuando se pone a prueba una hipótesis hay tres posibles resultados: puede ser confirmada, rechazada o modificada.

²⁴² Instituto de Filosofía de la Academia de la URSS y otro. *Op. cit.* pp.117-118.

²⁴³ DEL ÁGUILA VILLACORTA, José. *Op. cit.*, p.99.

²⁴⁴ VELÁSQUEZ FERNÁNDEZ, Ángel y Nériada REY CÓRDOVA. *Op.cit.*, p.101.

²⁴⁵ *Ibíd.* p. 101.

²⁴⁶ *Ibíd.* p. 102.

4.8.4. ORIGEN Y FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

Las hipótesis surgen de problemas, casos o fenómeno jurídicos irresueltos, también de postulados, teorías, de hechos empíricos cotidianos, de eventos de carácter social, económico, político o cultural con trascendencia jurídica. La hipótesis no nace mecánicamente por sí sola, requiere de un minucioso proceso de abstracción de la realidad que permita identificar los elementos y variables más relevantes que en forma provisional expliquen la solución teórica del problema.

Su formulación exige una minuciosa revisión de la bibliografía existente sobre el tema objeto de estudio. En la medida que uno profundiza el estudio, va percatándose de las soluciones que el problema ha tenido anteriormente; de los vacíos e insuficiencias, de esa manera, va perfilando sus propias alternativas de solución. Sería un grave error formular una hipótesis sin haber revisado cuidadosamente la literatura pertinente, ya que se cometería yerros tales como “hipotetizar” algo sumamente comprobado o algo que ha sido contundentemente rechazado.

4.8.5. VERIFICACIÓN Y CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Consideramos correcta la afirmación: “la tesis en Derecho no tiene que ser necesariamente verificable. Pero tiene la obligación de ser *convinciente* y que disponga de *información empírica* suficiente. Podría apoyarse en la observación²⁴⁷, pero no siempre en la experimentación”²⁴⁸. Sin embargo, las hipótesis cuyo enfoque sea cuantitativa es posible someterla a verificación y contrastación, en tanto se trabaja en torno a muestras extraídas de hechos fácticos cuantificables. La contrastación “consiste en someter a prueba una hipótesis, derivando de ella consecuencias que puedan ser observadas por el

²⁴⁷ En ciertas disciplinas, como señala RAMOS NÚÑEZ, como la sociología del Derecho y la antropología jurídica la *observación directa* es crucial, aunque no necesariamente lo sea la experimentación. Esas tesis tendrán entonces una base empírica, más no una base experimental. En estos casos las hipótesis, como suposiciones que se ponen a prueba, no tienen por qué pasar por la experimentación, requieren sí de un soporte empírico. Reclaman, pues, hechos, datos.

²⁴⁸ RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Op. cit.*, p. 52.

investigador (...). En otras palabras realizar un conjunto de operaciones empíricas para demostrar una conjetura”²⁴⁹, procesando las mediciones cuantificables, contrastando el binomio teoría-práxis. En otro sentido, también, la investigación, -la cualitativa- puede ser demostrada, vía el razonamiento lógico-jurídico, usando argumentos valederos e inequívocos, siempre de cara a las teorías.

4.9. VARIABLES E INDICADORES

4.9.1. CONCEPTO DE VARIABLE

La variable es una característica, atributo o factor conformante de un objeto de investigación. “Es una propiedad que puede fluctuar y cuya variación es susceptible de medirse u observarse”²⁵⁰. Por su naturaleza, las variables son cualitativas, si sus elementos no son cuantificables numéricamente. Ejemplo: identidad de la nacionalidad *colla*; la justicia como valor en la administración pública; percepción de la igualdad como derecho constitucional; la equidad como principio en el Derecho tributario; la bioética en el Derecho peruano, etc. Son cuantitativas, si sus elementos de variación tienen un carácter cuantitativo y numérico. Ejemplo: determinar la edad promedio de la población en los andes peruanos; verificar el nivel de ingreso económico de los desocupados y sub ocupados varones dedicados al contrabando; estudio del incremento de la criminalidad en consideración al género en adolescentes de la Región Lima.

La variable como unidad de medición se operacionaliza descomponiéndolo en sus diversos elementos integradores. A estos elementos se denominan *indicadores*, como sub unidades de medición, indican o dan indicios de otros conceptos deducidos de las más generales. Las variables e indicadores se extraen de las hipótesis correctamente planteadas. Designan una propiedad o institución jurídica que puede adquirir diferentes valores.

²⁴⁹ AMIEL PÉREZ, José. *Op.cit.*, p.101.

²⁵⁰ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto. *Op. cit.*, p.123.

En consecuencia, el enunciar una hipótesis significa la identificación de variables e indicadores que resultan de su correcta formulación. Una variable “es susceptible de *cambio* o *modificación*, que podemos estudiar, confrontar, o medir en una investigación”²⁵¹, constituye todo rasgo, cualidad o característica cuya magnitud puede variar en los casos individuales²⁵², “es un aspecto específico de la realidad referido a la unidad de análisis o elemento de la población de estudio”²⁵³.

4.9.2. CLASES DE VARIABLES EN LO JURÍDICO

En la investigación jurídica, eventualmente, se trabaja con dos tipos de variables: variables independientes y variables dependientes. La primera “es la supuesta causa de la variable dependiente, es la acción o el antecedente de la consecuencia (...) son los manipulados por el experimentador”²⁵⁴. Mario BUNGE, explica: “En la ciencia, la variable independiente es a menudo (aunque no siempre) la *variable de control*, o sea, la variable a la cual pueden atribuirse valores (o cambiarlos) a voluntad dentro de ciertos límites. Esta distinción pragmática tiene una raíz ontológica: los cambios en los valores de la variable de control suelen llamarse *causas*, mientras que cambios resultantes para los valores de las variables dependientes se llaman *efectos*”²⁵⁵. En cambio, los indicadores son componentes de la variable pudiendo medirse mediante índices, convertirse en *ítemes* o preguntas que diseñan la recopilación de la información requerida.

4.9.3. EJEMPLO DE HIPÓTESIS, VARIABLES E INDICADORES

La hipótesis (también las sub hipótesis), las variables e indicadores (también sub indicadores) forman un todo en el proyecto de investigación. Existen hipótesis compuestas de una sola variable (univariable), de dos

²⁵¹ *Ibíd.*, p. 55.

²⁵² PICK, Susan y Ana LÓPEZ. *Cómo Investigar en Ciencias Sociales*. México, Ediciones Trillas, 1980, p. 20.

²⁵³ AVILA ACOSTA, Roberto B. *Op.cit.*, p.44.

²⁵⁴ QUIROZ SALAZAR, William. *Op.cit.*, p.97.

²⁵⁵ BUNGE, Mario. *La Investigación Científica*. *Op.cit.*, p.339.

variables (bivariantes) y varias variables (multivariantes). Las variables cuentan regularmente con varios indicadores y si es el caso se puede incluir sub indicadores, depende del tema por desarrollar y la habilidad del investigador.

Ejemplo de una HIPÓTESIS UNIVARIABLE en un tema de filosofía jurídica:

“El racionalismo como esencia de jusnaturalismo”.

INDICADORES

- *Antecedentes históricos*
- *Primeras concepciones del jusnaturalismo*
- *La patristica y el jusnaturalismo*
- *La escolástica y el jusnaturalismo*
- *San Agustín y el jusnaturalismo*
- *Tomas de Aquino y el jusnaturalismo*
- *El racionalismo jusnaturalista*
- *La mutación del jusnaturalismo y el positivismo*
- *Influencia del jusnaturalismo en el Derecho*
- *El jusnaturalismo en el Derecho internacional*
- *El jusnaturalismo y el Derecho peruano*

Ejemplo de HIPÓTESIS BIVARIABLE en un tema penal y procesal penal:

“Las denuncias y acusaciones del Ministerio Público en delitos contra el patrimonio y la vulneración de la legalidad y derechos fundamentales de los involucrados procesalmente en la Región Puno”.

VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE

Denuncias y acusaciones del Ministerio Público en delitos contra el patrimonio.

INDICADORES

- *El Ministerio Público en el Perú*
- *El Ministerio Público y la Constitución Política*
- *Funciones del Ministerio Público en la LOMP*
- *El Ministerio Público en el nuevo Código Procesal Penal*
- *Contenido de la acusación fiscal*
- *Defensa de la ley y legalidad del Ministerio Público*

- *El Ministerio Público como titular de la carga de la prueba*
- *Acusaciones y denuncias temerarias del Ministerio Público*
- *Calificación de los delitos contra el patrimonio.*

VARIABLE DEPENDIENTE

Vulneración de la legalidad y los derechos fundamentales de los involucrados procesalmente en la Región Puno.

INDICADORES

- *Estado Constitucional de Derecho*
- *La ley y la legalidad*
- *Presupuesto y atributos de la legalidad*
- *formas de trasgresión de la ley*
- *Inseguridad jurídica por acción del Ministerio Público*
- *Inadecuada calificación de los delitos por parte del M.P.*
- *Responsabilidad administrativa del M. P.*
- *Responsabilidad civil del M. P.*
- *Responsabilidad penal del M. P.*
- *Derechos de los procesados*
- *Derechos fundamentales de la persona involucrada en procesos penales*

Ejemplo de HIPÓTESIS MULTIVARIABLE en un tema de Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público:

“El acelerado proceso de globalización y la hegemonía de la política neoliberal inciden en la pérdida de la soberanía nacional de los Estados Iberoamericanos suscitándose un mayor incremento de la desigualdad frente a los Estados del primer mundo”.

VARIABLES INDEPENDIENTES

PRIMERA VARIABLE INDEPENDIENTE

Acelerado proceso de globalización

INDICADORES

- *Factores predominantes de la globalización*
- *Política y globalización*
- *Internalización de la economía*
- *Internalización de la ciencia y tecnología*
- *Beneficios de la globalización*
- *Desventajas de la globalización*
- *Países subdesarrollados y la globalización*

SEGUNDA VARIABLE INDEPENDIENTE

Política neoliberal

INDICADORES

- *El liberalismo en la historia*
- *El neoliberalismo como ideología*
- *El neoliberalismo económico*
- *El neoliberalismo en lo jurídico*
- *Hegemonía del neoliberalismo y globalización*
- *El neoliberalismo en los Estados Iberoamericanos*
- *Efectos del neoliberalismo en países subdesarrollados*

VARIABLES DEPENDIENTES

PRIMERA VARIABLE DEPENDIENTE

Pérdida de la soberanía de los Estados Iberoamericanos

INDICADORES

- *La soberanía como elemento del Estado*
- *Soberanía relativa y absoluta*
- *Soberanía política, económica y territorial*
- *Impacto de la globalización en la soberanía de los Estados*
- *La soberanía y el Derecho Internacional*
- *La soberanía y Constitución Política*
- *Perspectiva de la soberanía en el XXI*
- *Manifestaciones de la pérdida de la soberanía*

SEGUNDA VARIABLE DEPENDIENTE

Incremento de la desigualdad frente a los Estados del primer mundo.

INDICADORES

- *El subdesarrollo de los pueblos Iberoamericanos*
- *El colonialismo y neocolonialismo*
- *Línea de pobreza en Iberoamérica*
- *La desigualdad económica*
- *La desigualdad política*
- *La desigualdad cultural*
- *La desigualdad social*
- *La desigualdad jurídica*
- *La discriminación y globalización*
- *Los Derechos Humanos y la desigualdad de los pueblos*
- *Los organismos supranacionales y la desigualdad*

5. LA TIPOLOGÍA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Determinar la tipología resulta de vital importancia en la investigación jurídica, en tanto señala la naturaleza y el contenido de la investigación; la investigación jurídica es esencialmente cualitativa, empero, hay determinadas áreas de Derecho donde se usa técnicas propias del enfoque cuantitativo. La tipología se clasifica en consideración a los objetivos, propósitos, fuentes, técnicas, hechos y ámbito de estudio. Indistintamente se utilizan tipologías *cerradas* o *abiertas*. La *cerrada* supone enmarcarse dentro una determinada tipología; la *abierta*, cuando se utiliza dos más tipologías, denominada *sincretismo* jurídico.

Las formas tipológicas más usuales en la investigación jurídica son:

5.1. HISTÓRICO – JURÍDICO

En este tipo de investigación se recurre al seguimiento histórico de una o varias instituciones jurídicas, abarca una etapa o todo el desarrollo histórico. Registra hechos y fenómenos jurídicos, teóricos y teorías, la evolución legislativa y jurisprudencial, normas nacionales o extranjeras, etc. Consiste en recoger, procesar, exponer y sistematizar los antecedentes de las diversas culturas y sociedades expresadas históricamente a través del Derecho.

Ejemplos:

- “*El desarrollo histórico de las instituciones jurídicas civiles y penales de protección contra la violencia familiar en la época Republicana*”.
- “*La interpretación exegética del Derecho Penal en delitos contra el patrimonio en los siglos XIX y XX*”.
- “*Aportes de los juristas peruanos del siglo XX a la filosofía jurídica contemporánea*”.

5.2. JURÍDICO – COMPARATIVO

Esta tipología trata de identificar las similitudes o diferencias que puedan existir en normas distintas o instituciones formales en dos o más sistemas jurídicos

vigentes en el ámbito del Derecho universalmente reconocidos²⁵⁶. En otros casos se recurre al *Derecho comparado*²⁵⁷ cuyo objeto es poner de relieve qué de común o diferencias poseen los distintos ordenamientos jurídicos positivos, mediante la confrontación de los mismos. Permite comparar instituciones o sistemas jurídicos pertenecientes a diversos lugares o épocas, con el fin de determinar las notas comunes y las diferencias que entre ellos existen, y derivar de tal examen, conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma²⁵⁸.

La tipología jurídica comparativa permite: 1. Estudiar el contenido normativo y la orientación teórica del Derecho de otros Estados; 2. Determinar los elementos comunes o diferencias sustantivas de las instituciones jurídicas de los diferentes Estados; 3. Investigar el sentido de la evolución del Derecho de los diferentes pueblos y Estados; y, 4. Crear un instrumento adecuado para la introducción de determinadas reformas e instituciones útiles para nuestro sistema jurídico.

Ejemplos:

- “*Estudio comparativo de las instituciones jurídicas del Derecho de familia en la legislación civil peruana y chilena en el siglo XX*”.
- “*Las Constituciones Políticas de Ecuador, Perú y Argentina y los derechos fundamentales de la persona frente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.*”
- “*Consideraciones jurídicas y políticas del aborto en la legislación de la República Popular China y el Perú*”.

²⁵⁶ WITKER, Jorge. *La investigación jurídica*. México, McGraw-Hill, 1995, p.11.

²⁵⁷ Para el jurista LAMBERT, el eximio comparatista de la Facultad de Derecho de Lyon, sostenía que el **Derecho Comparado** era la base misma del Derecho Internacional. Para él, la enseñanza del Derecho debe ser realizada desde dos puntos de vista: como ciencia social y como ciencia internacional. Como ciencia social, estudiando la norma jurídica frente a los problemas que la vida suscita en su permanente evolución, porque la norma en sí no es más que una fórmula, y es la realidad de la vida social la que va dilatando de un modo permanente sus posibilidades. En: Vicente Osvaldo CUTOLO, *Op.cit*, p. 46.

²⁵⁸ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Ensayo *la definición de Derecho*, citado por Vicente Osvaldo CUTOLO. *Introducción al estudio del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1955, p. 45.

5.3. JURÍDICO – DESCRIPTIVO

De acuerdo a esta tipología, la investigación científica describe los hechos formales o fácticos. La ciencia formal trata de entes ideales, su método es el deductivo y sus enunciados analíticos. Los hechos o fenómenos fácticos se fundan en observaciones hechas mediante los sentidos porque pertenecen al mundo real, recurre regularmente a la verificación. Esta tipología permite saber ¿quién?, ¿dónde?, ¿cuándo? y ¿cómo? del hecho, sujeto o fenómeno jurídico. La información obtenida en un estudio descriptivo, explica perfectamente el problema jurídico y supone mucho conocimiento *a priori* acerca del caso tratado.

La descripción es “la etapa preparatoria del trabajo científico que permite ordenar el resultado de las observaciones de las conductas, las características, los factores, los procedimientos y otras variables de fenómenos y hechos. Este tipo de investigación no tiene hipótesis específica”²⁵⁹. Ella no solamente compromete el conocimiento de los casos, hechos o fenómenos concretos y materiales, también, en percibir la esencia de hechos formales y racionales. En otras palabras, “la captación corporal no es la única, también tenemos la captación intelectual y la captación psicológica”²⁶⁰.

Ejemplos:

- “*Estudio de las razones del incumplimiento de las obligaciones alimenticias por responsabilidad de los operadores de las administración de justicia en la Región Tacna: 2000-2005*”.
- “*La incidencia del nivel educacional de procesados por delitos de violación a menores de 10 años en Puno: análisis de 10 casos*”.
- “*El Código Procesal Civil y las dimensiones dilatorias de los procesos de conocimiento en la jurisdicción de la Corte Superior de Justicia de Arequipa*”.

²⁵⁹ DE CANALES, F.H. E. L. DE ALVARADO y E.B. PINEDA. *Metodología de la investigación*. México, Limusa, 1986, p. 53.

²⁶⁰ REA RAVELLO, Bernardo. *Op. cit*, p.35.

5.4. JURÍDICO – EXPLORATORIA

Esta tipología permite dar pasos preliminares en la investigación sobre un nuevo problema del mundo jurídico, resaltando sus principales facetas, pero sin penetrar en las raíces mismas del asunto por las propias limitaciones de la Ciencia del Derecho. Estas investigaciones regularmente abren el camino para otras investigaciones más profundas. La idea principal es obtener un conocimiento más amplio posible respecto el problema de investigación del cual no se tiene suficiente información.

En este caso se requiere de un trabajo preliminar muy exigente para familiarizarse con el fenómeno jurídico bajo estudio, recurriendo a fuentes bibliográficas escasamente desarrolladas pero que servirán de evidencia inicial para justificar su estudio. El objetivo es captar una perspectiva general del problema y su desarrollo en el contexto jurídico no claramente establecido permitiendo incrementar el grado de conocimiento del investigador respecto al tema investigado. El enfoque cualitativo es un buen ejemplo de estudio exploratorio en materia jurídica.

Ejemplos:

- *“El alquiler del vientre materno como nuevo sistema contractual civil válido en el Derecho peruano”.*
- *“El Derecho y el genoma humano en el sistema jurídico comparado”.*
- *“El derecho al aborto por inseminación artificial en mujeres en estado de inconsciencia: propuestas bioéticas”.*
- *“La clonación de seres humanos y el derecho a la identidad de las personas clonadas.”*
- *“Las tendencias de la informática jurídica y su regulación en el derecho peruano”.*

5.5. JURÍDICO – PROYECTIVA

Lo que caracteriza a la investigación científica, es predecir acontecimientos y proyectarse a resolver problemas en el futuro. Estas investigaciones culminan

generalmente con propuestas normativas o proposiciones jurídicas que predicen situaciones o hechos futuros partiendo de premisas vigentes. Analizan situaciones particulares presentes para que tengan aplicación en situaciones ulteriores. Predice si los resultados de un problema particular actual podría aplicarse a otras situaciones y contextos sociales.

Ejemplos:

- *“Propuestas legislativas para un nuevo sistema carcelario privatizado en el Perú”.*
- *“Formulación de los principios y presupuestos jurídicos del contenido de una única Constitución Política de los países iberoamericanos”.*
- *“Consideraciones axiológicas para imponer la pena de muerte a funcionarios públicos por la comisión de delitos de peculado”.*

5.6. JURÍDICO – PROPOSITIVA

En una investigación jurídica- propositiva se analiza la ausencia de una norma o se analiza una existente en forma crítica, determinando sus límites y deficiencias para luego proponer cambios o reformas en concreto. Generalmente estas investigaciones culminan con propuestas legislativas, de reforma, derogación, modificación, interpretación o sugieren lineamientos principistas sobre el fenómeno jurídico investigado.

Ejemplos:

- *“Propuesta de desarrollo legislativo del inciso 17° del artículo 139° de la Constitución Política sobre la participación ciudadana en el nombramiento de magistrados”.*
- *“Reformulación de la Ley General de Minería sobre el otorgamiento de concesiones mineras auríferas a personas naturales y jurídicas extranjeras de países vecinos”.*
- *“Sugerencias constitucionales para la descentralización y regionalización de la Corte Suprema de Justicia”.*
- *“Innovaciones normativas al régimen electoral para definir el perfil político para ocupar cargos de alcaldes y presidentes Regionales”.*

5.7. JURÍDICO – CAUSAL Y CORRELACIONAL

Las investigaciones causales son aquellas que establecen una relación de *causa – efecto* en las variables asociadas con el problema, buscando que una variable independiente produzca ciertos cambios o efectos en la variable dependiente. Permite descubrir la existencia de una relación de causalidad de las dos variables, tratando de determinar, que el cambio de una de las variables sea la causa o efecto del cambio de otra.

Ejemplos:

- *“La desocupación y subocupación y sus efectos materiales en el incremento de los delitos contra el patrimonio en las ciudades de Tacna: período 2000 - 2007”.*
- *“La corrupción pública en ADUANAS, la PNP y el Ministerio Público en el incremento del contrabando en la frontera Perú-Bolivia en el período del gobierno de Alan García”.*
- *“El bajo nivel educacional como factor determinante de la crisis de gobiernos locales de la Región Ayacucho: 2000-2006”.*

5.8. JURÍDICO – EXPLICATIVO

En este tipo de investigación, una vez determinado el punto de partida de un problema jurídico, la explicación se realiza por medio de la inferencia. No solamente responde al *¿cómo?* sino que se centra en responder al *¿por qué del fenómeno?*, o *¿cuáles son las causas?* No sólo persigue describir el problema, sino que intenta encontrar las causas y explicarlos, lo que significa teorizar racionalmente acerca del hecho o fenómeno jurídico. La explicación se origina al intervenir la razón en la explicación de los casos, hechos o fenómenos jurídicos. La explicación es una argumentación que suministra una respuesta racional a una pregunta.

La investigación pretende establecer las causas de los eventos, sucesos o fenómenos jurídicos que se estudian. Va más allá de la simple descripción o del establecimiento de relaciones entre conceptos. Responde por las causas de los hechos o fenómenos jurídicos. Su interés se centra en explicar *por qué*

ocurre un hecho o fenómeno jurídico. La explicación (= elemento objetivo). El problema generador y el objeto de la explicación se llama *explicandum* (= lo que hay que explicar). El *explicandum* puede ser un caso, hecho o fenómeno jurídico, una norma, un principio, un precepto, o incluso una teoría o corriente epistemológica.

Ejemplos:

- “*Los móviles de la criminalidad contra el patrimonio en consideración al género en la Región Ica*”.
- “*Los indicadores socio-económicos para del incremento del delito de contrabando en la frontera Perú-Ecuador*”.
- “*Exposición jurídico-social sobre las razones del incremento del aborto en la ciudad de Arequipa*”.

En la investigación jurídica, ninguna de las tipologías descritas es excluyente. Si un estudio es esencialmente *histórico-jurídico*, o *correlacional*, contendrán elementos *jurídico-descriptivos* o *jurídico-exploratorios*. Si se tratara de establecer cuál es el mejor, convendremos que todos los tipos expuestos son igualmente válidos e importantes, por haber contribuido al avance de la Ciencia Jurídica. El que la investigación sea de uno u otro tipo o incluya elementos de varios tipos depende de cómo se plantee el problema de investigación. La investigación se hará a la medida del problema que se formule.

6. LOS MÉTODOS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

6.1. ACEPCIONES Y CARACTERÍSTICAS DEL MÉTODO

En el diagnóstico realizado, un factor esencial que impide que los egresados de las Escuelas de Postgrado del sur del país no elaboren sus tesis es la falta de dominio de los métodos y técnicas de investigación. Los métodos no son

recetarios infalibles, reglas de aplicación mecánica, ellos son falibles pero perfectibles. “En ciencias, no hay avenidas hechas, pero sí una brújula mediante la cual a menudo es posible estimar si se está sobre una huella promisoría. Esta brújula es el ‘método científico’, que no produce automáticamente el saber, pero evita que nos perdamos en el caos aparentemente de los fenómenos”²⁶¹. Se trata del conjunto de estrategias y herramientas sin las cuales no es posible la investigación científica.

Las características fundamentales del método en la investigación científica, aplicable al Derecho son las siguientes:

- a) **Es básicamente teórica:** Recurre a la teoría desde sus inicios. Surge de una o varias teorías previas, procurando la innovación, reforma, abrogación o confirmación del conocimiento jurídico subsistente.
- b) **Es problemático:** Mediante el método se cuestiona el conocimiento científico disponible hasta entonces, convirtiéndolo en problema y proponiendo probables soluciones.
- c) **Es empírico:** Los hechos, datos y muestras de relevancia jurídica son aprehendidos de la realidad y confrontados con el conocimiento objetivo de donde obtiene sus conclusiones.
- d) **Es autocrítica:** Sus resultados son sometidos en lo posible al proceso de contrastación y verificación. Sus resultados son falibles, no son absolutas ni definitivas.
- e) **Es analítico:** Estudia la realidad desintegrando sus variables e indicadores utilizando el razonamiento lógico-jurídico.

²⁶¹ BUNGE, Mario. *La ciencia, su método y su filosofía*. Lima, Editorial Lima SRL, 1995, p.65.

- f) Es **sintético**: Procura unir y recomponer los elementos conformantes del hecho o fenómeno jurídico mediante el análisis, asimismo, obtiene una visión global del conjunto.
- g) **Es selectivo**: Selecciona un tema específico, buscando el más significativo y delimitando sus particularidades.
- h) **Es formal**: Debe cumplir con las reglas y prescripciones recomendadas en los esquemas o planes de investigación.
- i) **Es válido**: El método permite obtener nuevos conocimientos, procurando que estos sean lo más preciso y objetivos.

6.2. ORIENTACIONES METODOLÓGICAS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Los métodos más comunes y aceptados en la investigación jurídica -sin excluir otros excepcionalmente particulares- son:

6.2.1. MÉTODO EXEGÉTICO

Con el desarrollo de la codificación se consolidó la *exegética*, según el cual el problema del conocimiento del Derecho quedaba limitado al estudio y análisis de las disposiciones que regían una situación, así la investigación jurídica se reducía a desentrañar la voluntad del legislador en el momento en que la norma había sido sancionada. De esta forma, la orientación metodológica de la exegética consiste en la búsqueda de la voluntad del legislador y ésta debe encontrarse en la letra de la ley²⁶². “El método exegético constituye el estudio

²⁶² El **enfoque exegético** del Derecho, surge en Francia como proyección de la ideología de la Revolución francesa y de la época codificadora y tiene plena vigencia durante el siglo XIX. Así como caracterizó a los glosadores la admiración que profesaban al Derecho de JUSTINIANO, algo análogo sucedió con los exégetas franceses al “*Code civil*”, la obra de Napoleón. Para ellos, el Derecho y todo el Derecho era el recogido en el Código de Napoleón, que a modo de dogma debía ser acatado por todos, sin que se pudiera cambiar o modificar nada. Conciben, que la ley cuyo origen es el Estado, es la única fuente del Derecho, en detrimento de la costumbre, los principios generales del Derecho y en definitiva de

lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo. El método parte de la convicción de un ordenamiento pleno, cerrado y sin lagunas. Es pues, un culto a la ley positiva, producto de la codificación. La exégesis no modifica el orden de los códigos o de las leyes objeto de comentario: por el contrario, respeta escrupulosamente los textos legales. La exégesis supone pleitesía ante el texto escrito y una excesiva confianza en la voluntad del legislador”²⁶³.

Se considera rasgos fundamentales de este método:

- a) El culto a la ley, para ella la preocupación exclusiva del jurista debe ser el Derecho positivo y éste se identifica con la ley. El Derecho positivo lo es todo y todo el Derecho positivo está constituido por la ley.
- b) El predominio de la intención del legislador. Según ella un texto legal no vale por sí mismo, sino únicamente por la intención del legislador que se traduce en él y que constituye su fuente suprema. La interpretación está dirigida a buscar la intención del legislador. “Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene por misión hacer el Derecho, el Derecho está hecho” (LAURENT).
- c) El carácter estatista: “La Escuela de la Exégesis se reduce a proclamar la omnipotencia jurídica del legislador, es decir, del Estado, puesto que independientemente de nuestra voluntad, el culto extremo al texto de la ley y la intención del legislador coloca al

cualquier otro criterio de equidad. Para la Escuela de la Exégesis, el único competente para crear la ley es el Poder Legislativo, y la función del Poder Judicial queda reducida a la mera aplicación silogística y mecánica de esas leyes de forma totalmente aséptica y neutral. Consecuencia de ello serían las decisiones judiciales entendidas como resultado de un razonamiento rigurosamente lógico en el que - como diría BECARIA- LA PREMISA MAYOR SERÍA LA NORMA A APLICAR, LA PREMISA MENOR SERÍA EL CASO PARTICULAR Y CONCRETO QUE SE PRETENDE SUBSUMIR EN LA NORMA GENERAL, Y LA CONCLUSIÓN SERÍA LA DECISIÓN JUDICIAL. En consecuencia, toda apreciación moral, histórica, cultural, social, y capacidad analógica, ponderación, interpretación, etc. quedaría al margen de la decisión judicial.

²⁶³ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Op.cit.*, p. 91.

Derecho, de una manera absoluta, en poder del Estado”²⁶⁴, en suma, se atribuye al Derecho un carácter eminentemente estatal. “*Dura lex, sed lex*”. Niegan el valor de la costumbre, las insuficiencias de la ley se salvan a través de la ley misma, mediante la analogía.

- d) El respeto por los precedentes y por el argumento de autoridad. Ninguna teoría estableció, como ésta, un mayor respeto por los precedentes y por las personas de los intérpretes autorizados, y;
- e) La preponderancia de las fuentes formales del Derecho en detrimento de las fuentes reales. No se preocupa de saber cómo hace la ley el legislador sino que la toma como ya hecha²⁶⁵.

El método exegético tiene sus límites en tanto el Derecho va adquiriendo niveles científicos y exige mayores presupuestos y condicionamientos metodológicos, empero, es útil para ahondar el comentario *in extenso* de las normas jurídicas. La pertinencia del método exegético está en explicar normas legales de reciente promulgación y que requieren fundamentación e interpretación exegética para su aplicación a la práctica. A estas alturas –por ejemplo- no sería tan pertinente un análisis exegético del Código Civil de 1984 cuando son muchos los trabajos sobre la materia, pero resultaría útil el desarrollo exegético de la Ley General del Ambiente, del Código Procesal Constitucional, del nuevo Código de Justicia Militar o del reciente Código Procesal Penal, como en efecto lo vienen haciendo en el contexto nacional.

Si el tesista utiliza este método, tendrá limitantes para explicar una serie de elementos no legislativos pero que se hallan involucrados en el complejo campo del Derecho: concepciones ideológicas, filosóficas, históricas, antropológicas, políticas, religiosas, económicas, sociales, valores, etc. “La

²⁶⁴ BONNECASE, Julien, en *Introducción al estudio del Derecho*, citado por PACHECO GÓMEZ, M., *Op.cit.*, p. 381.

²⁶⁵ Cfr. PACHECO GÓMEZ, Máximo. *Op.cit.*, p.381.

exégesis es el método que corresponde a la cultura jurídica más modesta. La cultura jurídica de un país si no pasara de la exégesis a la dogmática supondría un carácter muy incipiente”²⁶⁶. Sin embargo, es importante, porque profundiza la explicación literal de la norma expuesta en el Derecho positivo sin mayores cuestionamientos a su estructura política, ideológica o contenido *iusfilosófico*, pero resultará más importante si la complementa con otros métodos, como el dogmático, por ejemplo.

Ejemplos de tesis con el método exegético serían:

- *“Análisis exegético y dogmático de las etapas del proceso penal en el nuevo Código Procesal Penal”.*
- *“Análisis exegético y sistemático de la nueva Ley General del Ambiente”.*
- *“La génesis normativa del nuevo Código de Justicia Militar”.*

6.2.2. MÉTODO DOGMÁTICO²⁶⁷

La dogmática jurídica y el método dogmático constituyen un aporte a la investigación del Derecho y se desarrolla generalmente sobre el Derecho positivo, sobre lo jurídicamente construido. Según este método, el Derecho debe ser interpretado en función del sistema que integra, si es que se quiere pensar científicamente, en razón de que no se halla conformado por una o varias normas desconectadas entre sí, sino que conforman un sistema normativo cerrado, unitario y autosuficiente que establece entre las distintas normas relaciones esenciales que le confieren su coherencia interna. Como el método exegético, la dogmática busca conocer los principios rectores que informan la norma positiva sancionada por la autoridad con fuerza de ley, procurando elaborar construcciones jurídicas racionales que se ajusten a su

²⁶⁶ *Ibíd.*, p. 92.

²⁶⁷ La **dogmática jurídica**, como forma de estudio y interpretación del Derecho, tal como hoy día se la entiende, surge en Europa a comienzos del siglo XIX, y tiene tres grandes centros: Alemania, Francia e Inglaterra, donde respectivamente se desarrolla tres grandes corrientes doctrinales: la Escuela Histórica, la Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia Analítica. Estas tres corrientes van a marcar la historia del pensamiento jurídico hasta nuestros días. Todas ellas tienen un denominador común: el único Derecho es el Derecho positivo.

materialidad, sin ningún tipo de consideración extrajurídica, política o ética, de lo cual puede derivar nuevos principios orgánicos²⁶⁸.

Como está dicho para este método, los conceptos jurídicos deben excluir todo elemento que no sea puramente formal; el contenido del Derecho, su aspecto sustancial, no cuenta para la ciencia jurídica; por consiguiente, todo elemento ético, histórico, sociológico o político, queda fuera de su campo de acción. El Derecho, bajo esa perspectiva, sólo está conformado por *instituciones*: la persona, el matrimonio, el delito de homicidio, la figura de la reelección presidencial, el impuesto a la renta, la idea de consumidor final, etc. Estas instituciones, o cualquier otra, sólo pueden explicarse, para el método dogmático, en términos jurídicos, sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas²⁶⁹. En este orden de ideas, se ha subrayado que sus preceptos se aplican a “*lo que es y no a lo que debe ser*”, que queda de esta forma totalmente excluido del análisis jurídico.

Como dice MONROY GÁLVEZ: “No debe olvidarse que una de las características más saltantes de la concepción dogmática, está dada por ese aislamiento del Derecho de todo contenido social o axiológico”²⁷⁰. La dogmática jurídica es creación del positivismo y sólo tiene cabal sentido dentro de él. Partiendo de la visión positivista con el normativismo de la ley como fuente única o preeminente del Derecho. La dogmática considera como objeto de conocimiento el ordenamiento jurídico de un país, o más exactamente, el sector mismo acotado de la disciplina particular de que se trate. La metodología dogmática es tal en cuanto acepta como inconclusos los datos del Derecho positivo y los postulados elaborados a expensas de los mismos mediante una generalización inductiva, punto de partida de ulteriores deducciones²⁷¹.

²⁶⁸ HERRERA, Enrique. *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, p. 12.

²⁶⁹ *Ibíd.*, p.93.

²⁷⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan. “*De la Administración de Justicia al Poder Judicial. ¿Cambiando de oximoron?*”. Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 1, Nº 1, setiembre 2003, p. 31.

²⁷¹ GIRALDO ANGEL, Jaime y Oswaldo GIRALDO LÓPEZ. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Séptima edición. Santafé de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1996, p.2.

Dogmatismo quiere decir, pues, sometimiento riguroso del jurista a lo establecido como Derecho positivo e imposibilidad de introducir variaciones o correcciones en la esfera de la aplicación judicial y la investigación científica. Cualquiera que sea el contenido material de las proposiciones jurídicas, susceptibles de cambio, lo normativamente establecido desempeña siempre la función de dogma con independencia del contenido material, porque dogmática es la formulación y no el contenido de lo formulado²⁷². El Derecho queda así centrado en la norma, reducido a su pureza, y la ciencia le considera en cuanto norma, sin preocuparse del contenido, adoptando, en fin, una actitud neutral, indiferente, meramente descriptiva, que no es de sometimiento ni de valoración.

Ejemplos de tesis con el método dogmático serían:

- *“Consideraciones dogmáticas-conceptuales de las nuevas figuras jurídicas de la nueva Ley General del Ambiente”.*
- *“Desnaturalización del matrimonio como institución jurídica en el ámbito de personas del mismo género”.*
- *“Diferencias conceptuales y normativas sobre la pena de muerte en el Derecho comparado iberoamericano”.*

6.2.3. MÉTODO SOCIOLÓGICO

Como toda ciencia social, la sociología²⁷³ tiene como objeto de estudio los fenómenos y hechos sociales” (= objeto material). Los fenómenos sociales se refieren al modo *colectivo* de sentir y obrar de los hombres y tiene su expresión en la Sociología Jurídica. A través del método sociológico, entendido en su amplio sentido, se investiga el surgimiento de los sistemas normativos a partir de la vida social, del proceso de evolución de los cambios económicos y socio-políticos, producidos en el contexto de la sociedad.

²⁷² HERNÁNDEZ-GIL, Antonio. *Problemas epistemológicas de la ciencia jurídica*. Segunda edición. Madrid, Ediciones Civitas, 1981, pp. 89-90.

²⁷³ La **sociología general** aparece hacia finales del siglo XVIII, más en concreto hacia 1793 con Augusto COMTE, quien lo desliga de la filosofía y, en general va de la mano con autores que se inspiran en el positivismo que se desarrolla en Francia e Inglaterra, como DIDEROT, D'ALEMBERT, HUME, STUART MILL, etc. En cambio la sociología jurídica, cuya importancia es indiscutible para un mejor conocimiento y aplicación del Derecho, tiene un origen relativamente reciente y su desarrollo ha sido más bien escaso. Una de las corrientes que influyeron decisivamente en la configuración de la sociología general y del Derecho en particular fue el pensamiento marxista. El marxismo aporta contribuciones sin duda muy valiosas al estudio de los hechos sociales.

Como método permite investigar las implicancias de las aplicaciones de las normas jurídicas en la vida social, como medios de regulación y control de las acciones sociales de los seres humanos, en sus relaciones intersubjetivas, a fin de determinar la coherencia o incoherencia de los sistemas normativos, con la realidad social²⁷⁴. Explica las repercusiones de la aplicación de las normas jurídicas en el contexto de la sociedad, comprobando si el Derecho establecido para dicha realidad cumple o no las tareas asignadas, respecto de la regulación y control racional de las relaciones interindividuales y sociales. Si no se lograra realizar en la vida social las expectativas de comportamiento, previstas en las normas jurídicas, entonces, el Derecho, no habrá cumplido con su misión. Las consecuencias serán los rechazos y conflictos sociales, no sólo entre los destinatarios de las normas, sino también entre aquellos y el Estado.

De otro lado, “la investigación jurídica no sólo debe abarcar el estudio de los fenómenos macro sociales sino también de los microsociales, de lo que se deduce que la Ciencia Jurídica está sujeta a la ley de la renovación, teniendo una validez relativa en un determinado tiempo y espacio históricos”²⁷⁵. Por ello, los enunciados y proposiciones teórico-jurídicas se modifican o cambian, como consecuencia de que la misma realidad social y jurídica también cambia impulsada por las nuevas condiciones materiales y espirituales que se generan por la ley de la dinámica social.

Ejemplos de tesis con aplicación del método sociológico:

- *“El ejercicio de la prostitución femenina en consideración a las condiciones sociales y económicas: caso El Callao”.*
- *“Los poderes fácticos como causa determinante en el incremento del sembrío, producción y comercialización de coca en el Alto Huallaga”.*
- *“El contrabando como medio de sobrevivencia en la población desocupada y sub ocupada en la frontera Perú – Bolivia”.*
- *“La discriminación en consideración al nombre para acceder a las Escuelas Superiores de Oficiales de la Marina y Fuerza Aérea en el Perú”.*

²⁷⁴ ZELAYARAN DURAND, Mauro. *Op.cit.*, p.34.

²⁷⁵ *Ibid.*p.37.

6.2.4. EL MÉTODO FUNCIONALISTA

El funcionalismo es una orientación metodológica que deriva de la sociología jurídica. Se origina en Estados Unidos donde predomina el empirismo en el actual pensamiento filosófico-jurídico al no existir un Derecho codificado y al inspirarse en la costumbre y precedentes judiciales; los jueces recurren a la equidad amoldando el Derecho a las exigencias de la época a cuestiones prácticas. Postulan la eliminación de los conceptos desprovistos de significado y que no puedan ser definidos en términos de experiencia. Consideran que en lugar de presuponer causas ocultas o principios trascendentales detrás de todo lo que vemos o hacemos, debemos redefinir los conceptos del pensamiento abstracto como construcciones, funciones, pautas o arreglos, de las cosas que efectivamente vemos o hacemos. Todos los conceptos que no puedan ser definidos en términos de los elementos de la experiencia efectiva carecen de significado.

El funcionalismo adopta el *hecho* en sí como el centro del análisis de problemas jurídicos. En consecuencia, “una investigación jurídica que opte por la metódica funcionalista partirá siempre del trato directo con la realidad concreta, que es la materia de sus análisis, hasta lograr una generalización. En materia jurídica, el método funcional es, pues, eminentemente inductivo: sus dos columnas son la casuística y la jurisprudencia”²⁷⁶. Parten regularmente de un enfoque cuantitativo o mixto, de una base empírica predeterminada por el espacio, tiempo y se valen de muestras individuales o colectivas los cuales son cuantificados estadísticamente.

Ejemplo de temas de tesis con la orientación metodológica funcionalista:

- *“La parcelación de la tierra como factor de liquidación de las comunidades campesinas en la Región Ayacucho: período 2000-2005”.*
- *“El retardo de la administración de justicia por alimentos en la jurisdicción del distrito judicial la provincia de Tacna”.*
- *“Las acusaciones sustanciales del Ministerio Público en delitos contra el patrimonio: caso de la Corte Superior de Puno. (2002-2007)”.*

²⁷⁶ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Op.cit.* pp. 106-107.

- “Las causas y consecuencias de la inejecución de sentencias por omisión de asistencia familiar en la jurisdicción de la provincia del Cusco”.

6.3.5. MÉTODO DIALÉCTICO MATERIALISTA

¿Qué es materialismo dialéctico como método de investigación? Para este enfoque epistemológico, el único mundo que existe es el mundo material, eterno, infinito y único, y que está en continuo movimiento y cambio, conforme a las leyes científicas. Se regula en base a conceptos o categorías, tales como: materia, movimiento, espacio, tiempo, conciencia, etc.

A decir de ZHIDKOV, el método dialéctico: “Estudia la realidad objetiva desde las posiciones de la interconexión y el condicionamiento mutuo de los fenómenos, que se encuentran en constante movimiento y evolución de lo inferior a lo superior, desde el punto de vista de la acción de las leyes generales del paso de los cambios cuantitativos a cualitativos, la unidad y la lucha de contrarios”²⁷⁷. Admite que el conocimiento se origina en las sensaciones, situación que se caracteriza por ser superficial, unilateral, mejor dicho sensorial y es el cerebro el que se encarga de trasladar a una etapa racional. “El primer paso en el proceso del conocimiento es el primer contacto con las cosas del mundo exterior (...) el segundo, es la sistematización de los datos que proporcionan las sensaciones, su ordenamiento y elaboración. La etapa de los conceptos, los juicios”²⁷⁸.

De acuerdo a este método, “el investigador no permanece en el simple nivel descriptivo de los hechos, sino debe penetrar en la esencia del fenómeno o hecho jurídico estudiando para descubrir sus regularidades y establecer sus nexos y relaciones. Los fenómenos y los problemas no deben interpretarse, estudiarse y analizadas subjetiva y unilateralmente, sino, objetivamente, de forma íntegra y multilateral. El método dialéctico no ofrece a la Ciencia Jurídica verdades ya elaboradas acerca de la solución a los problemas sociales y

²⁷⁷ ZHIDKOV, O; V. CHIRKIN y Y. YUDIN. *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el Derecho*. URSS, Editorial Progreso, 1979, p. 6.

²⁷⁸ MAO TSE TUNG. *Cuatro tesis filosóficas*. Pekín, Ediciones Lenguas Extranjeras, 1966, p. 16.

jurídicos, sólo señala el camino a seguirse en el estudio de los fenómenos económico sociales que dan origen al Derecho y su aplicación a las relaciones sociales”²⁷⁹. Si bien los fenómenos jurídicos adquieren un carácter particular, existe una relación dialéctica entre éstos y los otros hechos y fenómenos sociales, políticos, económicos, históricos y culturales.

Ejemplos de tesis con el método dialéctico materialista:

- *“La Constitución Política de 1993: los intereses socio-económicos y jurídicos de la clase dominante neoliberal en el Perú”.*
- *“El carácter clasista de la administración de justicia en el Perú: caso los delitos de cuello blanco”.*
- *“Estado capitalista o socialista: opciones político - jurídicos de la nueva Constitución Política del Estado del siglo XXI”.*
- *“La legislación minera y el carácter proteccionista de la minería monopólica transnacional en perjuicio los intereses nacionales”.*

6.2.6. MÉTODO DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED)

Según, BULLARD GÓNZALES, “el Análisis Económico del Derecho es una metodología de análisis que (...) lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho (...) Lo que busca es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el Derecho está plagado de conductas -en sí mismo es una técnica de regular conductas-, el AED puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de estas conductas”²⁸⁰. En realidad lo que persigue el AED es predecir las conductas de seres humanos y maximizar beneficios y minimizar costos. En base a ello plantea fórmulas que permitan predecir cómo los individuos actuarán ante ciertos incentivos.

Los juristas suscritos al AED sostienen, por ejemplo, que si uno quiere regular una conducta, aprender a predecirla es de suma utilidad. Ello resulta de suma importancia en un medio donde la administración de justicia y sus resultados son extremadamente imprevisibles. Lo que se busca es evitar que

²⁷⁹ ARANZAMENDI NINACONDOR, Lino. *El método dialéctico en la investigación de la ciencia jurídica*. Segundo Puesto del “1er. Concurso de Ensayos Jurídicos ‘Isaac Deza’ 2004”. Publicado en la Revista VOX JURIS del Colegio de Abogados de Puno, N° 2, 2004.

²⁸⁰ Cfr. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Op.cit.*, p. 37.

los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen normas populistas sin aplicación práctica, a manera de desperdicios, sin utilidad costo-beneficio. Sugieren la construcción de un Derecho que sin menospreciar los aspectos axiológicos, sea un Derecho eficaz y eficiente, es decir, un Derecho que evite el uso dilapidador de los recursos estatales o particulares.

Hay quienes afirman que el AED es inaplicable a nuestra realidad. Sin embargo “como todo método, puede aplicarse a cualquier realidad a las que pretende aplicarlas. Negar su aplicación es como decir que la ciencia económica es inaplicable al Perú. Tenemos economistas que estudian nuestra realidad. Para ello utilizarán criterios de análisis distintos, como un sociólogo, un abogado o cualquier especializado en una ciencia social, adaptando la metodología de su ciencia a las necesidades de donde la aplica (...) Por ejemplo, en el país hay un grave problema de externalidades y de costos de transacción. Contratar es muy difícil porque la inseguridad que la contratación trae es grande, principalmente porque la administración de justicia es ineficiente e impredecible. Ello genera incertidumbre, falta de información (saber cómo fallarán los jueces en determinadas circunstancias). Esto, a su vez, dificulta la contratación. Si el Poder Judicial garantizara la contratación fortalecería instituciones como la seguridad jurídica. Negar que el AED pueda ayudarnos en esa labor es cerrar los ojos de manera ignorante”²⁸¹.

Ejemplos de tesis con el método del AED serían:

- *“El arbitraje como alternativa de solución de conflictos por consideraciones económicas, de oportunidad y eficacia resolutoria”.*
- *“La conveniencia económica presupuestaria de la privatización del sistema carcelario en el Perú”.*
- *“El costo-beneficio de la legalización del comercio informal: Caso Tacna”.*
- *“Los riesgos y ventajas económicas de la creación de la zona comercial en Puno”.*
- *“Los intereses leoninos de la banca privada en una economía de mercado y la microempresa en el Perú”.*
- *“El poder dominante de la Banca en los contratos crediticios: el fraude de las “letras chiquitas”.*

²⁸¹ *Ibíd.*, p.43.

6.2.7. MÉTODO DEL DERECHO NATURAL O *JUSNATURALISMO*

El *Iusnaturalismo* es el primer enfoque epistemológico del pensamiento jurídico universal que sostiene que sobre el Derecho positivo, existe un Derecho superior, reconocido como Derecho Natural, compuesto por un conjunto de valores que actúan como inspiración de sus contenidos y como guía de la actuación y decisiones de los agentes del Derecho.

El enfoque metodológico del *Iusnaturalismo*, sostiene que la esencia de la naturaleza humana es inmutable e igual en todos los hombres, y todos ellos gozan del derecho de libertad, es decir, de facultad de determinarse por sí mismos en busca de su realización integral. “La persona humana no obra como agente de las fuerzas de la naturaleza, sino como un ser autónomo, con cualidades de principio y fin; no actúa impulsada por el orden de los motivos, sino como dominadora de ellos; el hombre trasciende a la naturaleza física, porque está dotado de un espíritu libre. Si el hombre fuera sólo fenómeno, no se plantearía para él el problema ético ni tendría sentido la valoración de sus acciones, en este caso, el hecho sería el criterio de la verdad”²⁸².

A partir del siglo XVI, esta concepción sobre la interpretación del Derecho se modifica al desarrollarse la era *racionalista*²⁸³ y *empirista* acerca de la historia como rasgo predominante del pensamiento. Con ello el *Iusnaturalismo*, al tiempo que sufre un vertiginoso desarrollo, también empieza a ser discutido y a polarizarse en distintas posiciones, acerca del enfoque la naturaleza y origen del Derecho. Sin embargo, el *Iusnaturalismo*, es una

²⁸² PACHECO GÓMEZ, Máximo. *Op.cit.*, pp.462-463.

²⁸³ **Racionalismo**, doctrina sobre la teoría del conocimiento según la cual la universalidad y la necesidad – caracteres lógicos del saber verdadero- no pueden inferirse de las experiencias ni de las generalizaciones de la misma; sólo lo pueden extraer del propio entendimiento: de conceptos que le son innatos (teoría de las *ideas innatas* de Descartes) o de conceptos que sólo existen en forma de aptitudes, de predisposiciones del entendimiento. La experiencia ejerce cierta acción estimulante para la aparición de tales conceptos, más su carácter de universalidad y necesidad incondicionales se deben a los modos de ver del entendimiento o formas apriorísticas que preceden a la experiencia, de la cual, según se afirma, éstas no dependen. En este sentido, el racionalismo se contrapone al empirismo. El racionalismo surgió como intento de explicar las particularidades lógicas de las verdades de la matemática y de la ciencia natural matemática.

poderosa corriente que sobrevive a los tiempos, ha sabido adaptarse y renacer en sucesivas metamorfosis a lo largo de distintos períodos y situaciones históricas, manifestándose en la estructura jurídica de los países a partir del Derecho Natural *racionalista*, la misma que parte de la razón, como criterio de la verdad que determina el contenido del Derecho, con o sin la participación de un ser supremo.

Temas desarrollados con la orientación del *jusnaturalismo* serían, por ejemplo, sobre la pena de muerte, el aborto, la eutanasia, la clonación, el matrimonio entre heterosexuales, la fecundación humana asistida, la identidad genética, la inseminación *post mortem*, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la madre sustituta o subrogada o portadora, la intangibilidad del genoma, la prohibición de las manipulaciones genéticas, el uso de la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE) o “píldora del día siguiente” que consideran como abortiva, y por tanto atentatoria contra la vida, la bioética, etc.

Ejemplos de tesis serían:

- “*De la concepción patristica al racionalismo jurídico contemporáneo: Un enfoque filosófico*”.
- “*Fundamentos iusfilosóficos de los Derechos Humanos de los niños y adolescentes*”.
- “*Enjuiciamiento axiológico de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en el Derecho Internacional*”.
- “*Lo biológico, la ética jurídica y la manipulación genética*”.
- “*La ideología neoliberal y la incompatibilidad con los valores de igualdad, equidad, solidaridad y justicia*”.
- “*La manipulación y experimentación genética en los seres humanos y sus efectos jurídicos axiológicos*”.

6.2.8. MÉTODO HISTÓRICO DEL DRECHO

El método histórico es elemental en la investigación jurídica. No habrá tesis si previamente –aunque sea brevemente- en el marco teórico no analiza aspectos históricos del problema planteado, a manera de antecedente²⁸⁴. Todo hecho o

²⁸⁴ En Alemania, la moderna Ciencia Jurídica nace con la **Escuela Histórica iniciada por HUGO, pero SAVIGNY es el verdadero artífice y PUCHTA su más inmediato seguidor**. La actitud metodológica de la Escuela Histórica se cifra en poner de relieve como aspecto central, sí no el único, esencial del Derecho y de su ciencia, el histórico. Domina el siglo XIX, y según Carl SCHMITH, significa la oposición al

fenómeno se halla sujeto al devenir histórico. Si se selecciona un tema jurídico de trascendencia histórica, estamos obligados a efectuar un seguimiento de los antecedentes, de su evolución, su permanencia e importancia en el tiempo, su posible caducidad, su transformación o mutación y sus características actuales.

SAVIGNY, señala los presupuestos del método histórico: se elige una institución jurídica. Se determina su origen más remoto, se sigue paso a paso el curso de su evolución, procurando fijar sus perfiles y mutaciones, así como la pureza de las fuentes que nos la revelan. Se deslinda el elemento romano y el elemento germánico. Se agotan las opiniones de la doctrina, criticándolas, señalando sus errores y sus aciertos, poniendo de relieve la dominante, y acaso se elige una como verdadera. El concepto provisional de que se partió – o mejor, la idea- se transforma en concepto definitivo, y éste se encierra en una definición precisa²⁸⁵. En otros términos, denota “ir tras los rastros dejados por las cosas, hechos o seres”²⁸⁶. Cada problema especial de carácter histórico no se resuelve bien sino por un método construido correctamente para cada caso, adaptado a la naturaleza de sus datos y sus dificultades.

Con la ayuda del método histórico es posible descubrir y fundamentar el desarrollo de los fenómenos y hechos jurídicos expresados en una realidad concreta, pues, seguiremos los rastros, vestigios, huellas, efectos, y muestras dejados por los hechos que se quiere reconstruir, describir y explicar. “Siendo el fenómeno jurídico un fenómeno social es necesario conocer en qué contexto histórico-social la institución estudiada se originó, tuvo su auge, su crisis, su mutación o perfeccionamiento. Sin duda, es de mayor importancia cotejar las razones que tuvo el jurista que la propuso –siempre que fuese posible su

racionalismo y la exaltación de los valores irracionales de la individualidad. Fruto de ese romanticismo son los conceptos de *pueblo*, *espíritu popular* o *alma nacional*, *derecho popular*, etc., que son precisamente la fuente creadora del Derecho, que no es nunca producto del arbitrio o criterios racionales, sino producto de la convicción jurídica de un pueblo que surge a consecuencia de una fuerza interior o intuición emocional de lo que en un momento determinado cada pueblo entiende que debe ser la regulación jurídica de la convivencia humana.

²⁸⁵ Cfr. HERNANDEZ-GIL, Antonio. *Op.cit.*, p. 96.

²⁸⁶ Cfr. DELLEPIANI. *Nueva teoría general de la prueba*. Bogotá, Editorial Temis, 1961, p. 31.

identificación- y, sobre todo, cuáles fueron sus ideas, sus fobias, en una palabra, cuál fue su concepción del mundo”²⁸⁷.

Ejemplos de tesis desarrollados con el método histórico:

- “*La dogmática jurídica de la legislación minera en el Incanato, la Colonia y la República*”.
- “*Orígenes de las Comunidades Campesinas y el proceso de extinción de la propiedad agraria comunal: Caso Región Puno*”.
- “*Características del régimen jurídico de la servidumbre en la zona rural del Cuzco: Siglo XIX y XX*”.
- “*Evolución legislativa del sistema inquisitivo y acusatorio en la legislación penal peruana (1900 – 2006)*”.
- “*Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho: estudio histórico – comparativo*”.

6.2.9. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA (TAJ) COMO MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Los enfoques epistemológicos desarrollados en el campo jurídico no consideran al Derecho hasta antes de inicios del siglo XX como un fenómeno argumentativo. Es la reciente comprensión de la científicidad cualitativa del Derecho que le otorga importancia académica en su estudio. Según ATIENZA: “la práctica del Derecho consiste de manera muy fundamental en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un *buen jurista* tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad”²⁸⁸.

Argumentar es la constatación de que uno de nuestros modos de comportamiento lo constituye la práctica de dar razonar, de dar razones a otros a favor de lo que hacemos, pensamos o decimos²⁸⁹; “aquellas características

²⁸⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan. “*De la administración de justicia al poder judicial ¿Cambiando de oxymoron?*”. Cuadernos de Política Judicial, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Nº 1, p. 41.

²⁸⁸ Cfr. ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho; teorías de la argumentación jurídica*. Lima, Palestra Editores, 2004, p.27.

²⁸⁹ TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument*. Cambridge University Press, 1958, citado por Manuel ATIENZA, *Op. cit.*, p. 138. Lo que interesa a TOULMIN, principalmente son los argumentos, pues, afirma que quien argumenta manifiesta su racionalidad o su falta de racionalidad según que se muestre abierto al argumento (*open to argument*), esto es, reconocer la fuerza de las razones o trata de replicar a ellas,

de la racionalidad que denota coherencia y estructura lógica de los pensamientos, por la cual, a partir de conocimientos previos, se provoca otros nuevos, utilizando la técnica denominada argumentativa²⁹⁰ con la finalidad de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis propuesta, lograr que la misma sea admitida por nuestros interlocutores, específicamente, por la capacidad de persuadir a los demás con razones y argumentos.

La aplicación de la argumentación como método se da en diversos contextos: a) En la producción o establecimiento de normas jurídicas (fase prelegislativa y legislativa propiamente dicho); b) Los argumentos jurídicos en la aplicación de las normas jurídicas a la resolución de casos; y, c) En la dogmática jurídica: funciones de suministrar criterios para la producción del Derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; suministrar criterios en la aplicación del Derecho; ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico²⁹¹. Es también importante por cuanto permite suplir la falta de pruebas cuantitativas y la verificación matemática o estadística respecto de la veracidad o falsedad de una afirmación producto de la investigación. No es desdeñable su rol social de conocimiento al servicio de la actividad cognoscitiva, al hacer uso de razonamientos y construcciones lógicas, al racionalizar la experiencia y no limitándose simplemente a describirla y cuantificarla.

Como técnica y método en la investigación jurídica, la argumentación desempeña tres específicas funciones: a) Función teórico cognoscitivo, es decir, contribuye al desarrollo de las disciplinas jurídicas en sus diversas y complejas ramificaciones, muchas de ellas, impuestos por el desarrollo científico, tecnológico y la globalización; b) Función práctica o técnica de la argumentación, dado que facilita una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el Derecho; y, c) Función política o moral, es decir, la

etc., o sordo al argumento (*deaf to argument*), esto es, ignora las razones contrarias, o replica a ellas con aserciones dogmáticas.

²⁹⁰ Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis, LUJAN TÚPEZ, Manuel y Róger ZAVALETA RODRÍGUEZ. *Razonamiento judicial; interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 148.

²⁹¹ ATIENZA, Manuel. *Op.cit.*, p. 29.

teoría de la argumentación tiene que ver con la cuestión del tipo de ideología jurídica que, inevitablemente, está siempre en la base de determinada concepción de la argumentación²⁹². Lo que denota su amplitud como enfoque epistemológico para la construcción, interpretación y aplicación del Derecho.

Como técnica y método de trabajo jurídico sistematiza el hecho de que todo argumento como opción investigativa contiene cuanto menos tres componentes básicos: a) Las premisas, es decir, todo conocimiento nuevo debe partir de los antecedentes y proposiciones iniciales, las que son formuladas de tal manera que motivan o dan cuenta de los hechos por los cuales el argumento debería aceptarse y las conclusiones asumirse como los efectos necesarios de la inferencia; b) Inferencia, juega un papel importante en la construcción argumentativa, dado que permite entender los conocimientos expuestos como verdades conocidas o aceptadas en la premisa; y, c) La conclusión, se expresa en la forma de proposición, y generalmente es el paso que cierra la inferencia; o en todo caso, cierra el argumento inicial.

Ejemplos de tesis serían:

- *“La sistemática argumentativa de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano: sus presupuestos lógicos racionales”.*
- *“La inferencia deductiva como método de resolución de conflictos en la administración de justicia”.*
- *“Las razones y la racionalidad como formas de argumentación jurídica en la formulación legislativa del Congreso de la República”.*
- *“La construcción argumentativa de los derechos humanos en la Constitución Política del Estado”.*

6.2.10. LA INTERPRETACIÓN COMO MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Hemos señalado anteriormente que el Derecho como ciencia humana, las conclusiones de la investigación no pueden verificarse experimentalmente en razón de la propia naturaleza de la materia investigada, como ocurre en las ciencias de la naturaleza. “El método básico del conocimiento jurídico es, pues, la investigación *hermenéutica*, que tiene por objeto específico la interpretación

²⁹² ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, pp. 321-323.

de las normas para determinar su sentido”, pero no tan solamente las normas, sino también los hechos y fenómenos de relevancia jurídica aunque no necesariamente estén expresados normativamente, pues, filosófica y epistemológicamente la interpretación también se realiza sobre símbolos y conceptos.

Hoy la Ciencia Jurídica da especial énfasis a la interpretación y sus diversas manifestaciones, modalidades, clases, etc., pues, como operación lógica está encaminada a explicar y descubrir el sentido de una proposición o de un texto. Según ENNECCERUS, interpretar una norma jurídica es establecer su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, también para la resolución judicial. También DEMOLOMBE señala que la interpretación consiste en la explicación de la ley; interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No significa cambiar, modificar, innovar; significa declarar, reconocer. En ese sentido, interpretar el Derecho implica desentrañar su sentido, contenido y alcance, ardua tarea de los investigadores que elaboran la doctrina. “La interpretación configura, pues, una labor técnico-científica que se realiza sobre principios y normas que se extraen de diversas fuentes del conocimiento jurídico, con el propósito explícito de acotar su significado, con la finalidad de aportar una solución a una cuestión jurídica, cualquiera que sea su índole”²⁹³.

En todos los casos para el investigador del Derecho, la interpretación es una actividad cognoscitiva realizada por un sujeto intérprete sobre las manifestaciones perceptibles (parte formal y exterior) del objeto construido (por el sujeto del conocer), a partir de los cuales, o bien establece los contenidos que corresponden a esa forma (otorgar el contenido), o bien reproduce de otra manera los contenidos o las formas equivalentes²⁹⁴. En ese orden de ideas, debemos señalar que la interpretación del Derecho, en ningún caso puede ser el resultado de la ficción o imaginación libresca del investigador jurídico, sino la

²⁹³ HERRERA, Enrique. *Op.cit.* p. 10.

²⁹⁴ ARANA COURREJOLLES, Carmen, citado por Salvador VASQUEZ OLIVERA. *Diccionario civil de definiciones*. Lima. Palestra Editores, 2002, pp. 336-337.

consecuencia razonada de principios y normas del Derecho aplicables al caso concreto.

Vía la interpretación, se hace posible la captación del contenido, significación y demás virtudes del Derecho vigente; vía interpretación se elaboran los conceptos fundamentales, permanentes unos y variables otros, generales unos y particulares otros, necesarios para la sistematización del Derecho; por la interpretación se selecciona la norma jurídica adecuada y de entre varias significaciones de ésta, las más apropiada para su aplicación a la solución del caso concreto de la vida real²⁹⁵. En efecto, el método de estudio de la Ciencia del Derecho no es de pura observación directa como en las ciencias naturales, sino esencialmente de comprensión indirecta por medio de la interpretación y la argumentación.

6.2.11. OTROS MÉTODOS

Lo expuesto, líneas arriba, son los métodos más usuales en el campo jurídico. Sin embargo existen otros métodos llamados *universales*, aplicables en casi la generalidad de investigaciones, incluyendo el Derecho: los métodos inductivo y deductivo, métodos de análisis y síntesis, el razonamiento lógico-jurídico, la interpretación, etc. RAMOS SUYO, detalla hasta 40 métodos relacionados a la investigación de la problemática jurídica²⁹⁶. En el proceso de investigación, el jurista se vale de cuantos medios de conocimiento son posibles: observación, interpretación, análisis, síntesis de conceptos, la argumentación, etc. Ni lógica deductiva exclusivamente, ni procedimiento inductivo como soluciones únicas, sino dialéctica-deducción, dialéctica entre norma, hecho y valor. Las diferencias se dan en consideración al enfoque y al tipo de investigación jurídica que se realiza.

Hay quienes que ven el Derecho “desde el ángulo de la sociología describen naturalmente el método jurídico como el de la observación

²⁹⁵ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Op.cit.* p. 160.

²⁹⁶ Cfr. RAMOS SUYO, Juan Abraham. *Op.cit.*, p. 435-569.

sociológica. Los normativistas, al contrario, se colocan en el plano estrictamente lógico. Los idealistas hacen culminar el Derecho en la filosofía de la justicia. Los eclécticos, en fin, admiten a la vez la participación del razonamiento deductivo, de la inducción sociológica y del método teleológico (...) La lógica asegura, evidentemente, la solidez del edificio jurídico; sin ella, no hay seguridad y se cae en lo arbitrario. Pero si se la deja tomar todo el lugar, se endurece el Derecho en preceptos rígidos que traicionan su misión social y moral; debe ser flexibilizada sea por la observación de las realidades prácticas, sea por el sentido de la solidaridad y la justicia. Los diversos sistemas jurídicos combinan estos elementos en proporciones variables”²⁹⁷. En el Derecho, lo teórico y lo práctico se complementan, interactúan, por eso se afirma que es una ciencia teórico-práctica. Esta dualidad, también diversidad, hace que se utilicen diversos métodos, muchos de ellos aparentemente excluyentes.

7. LOS FUENTES Y TÉCNICAS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

7.1. FUENTES DE INFORMACIÓN

Las fuentes son los hechos o documentos (información escrita) a los que acude el investigador y que le permiten obtener la información requerida, en tanto constituyen los insumos o la materia prima para elaborar la investigación, para ello precisa definir e identificar qué tipo de información se necesita y donde obtenerlas. “Ir a la caza de la información es todo un operativo decisivo en el proceso de la investigación. Sólo así la investigación cumplirá con sus funciones: describir, explicar, controlar y predecir hechos”²⁹⁸.

En el Derecho se hace uso generalmente de literatura relacionada a la doctrina jurídica, jurisprudencia e información legislativa. Empero no excluye el

²⁹⁷ DU PASQUIER, Claude. *Op. cit.*, pp.299-300.

²⁹⁸ TAFUR PORTILLA, Raúl. *Op. cit.*, p.204.

estudio y análisis de *hechos* de la vida real y *muestras*²⁹⁹ obtenidas en el trabajo de campo, cuya información es preciada por el investigador, dependerá del enfoque, sea cualitativo o cuantitativo. Se sugiere utilizar el siguiente procedimiento:

- a) Identificar el lugar y la información que se requiere para la investigación: *¿Donde y qué información se requiere?*
- b) Detallar el tipo de información requerido. *¿Qué clase de información es necesaria para la investigación?*
- c) Especificar los procedimientos para obtener la información: *¿Cómo se obtendrá la información?*
- d) Examinar toda la información obtenida. *¿Es suficiente la información reunida?*
- e) Determinar la forma de cómo se hará uso la información: *¿Cómo se utilizará la información en la investigación programada?*

Las fuentes se clasifican en primarias y secundarias:

- a) **Fuentes primarias:** comprenden la información obtenida de primera mano, por experiencia propia o que la obtenida no ha sido utilizada suficientemente en otras investigaciones. La ventaja de esta información radica en que los hechos han sido percibidos directamente sin ninguna clase de intermediación, habiéndonos integrado o participado personalmente en el conflicto o problema

²⁹⁹ Una **muestra** comprende el estudio de una parte de los elementos de una población. El uso del muestreo es aconsejable cuando la población es infinita, en cuyo caso sería imposible realizar un censo. También puede ser utilizado en poblaciones finitas de gran tamaño. El muestreo permite al investigador, por un lado, seleccionar las unidades de la población a las que se les requerirá información, y por otro, interpretar los resultados con el fin de estimar los parámetros de la población sobre la que se determina la muestra para probar las hipótesis. Se utiliza también para comparar dos o más poblaciones o con respecto a ciertos valores esperados para uno o más parámetros, y además para establecer si un valor supuesto para un parámetro puede ser validado a partir de la información muestral.

materia de investigación. Para la recolección de esta fuente primaria, se recurre regularmente a la observación en sus formas de *participante* o *no participante* o *simple*³⁰⁰. En el primer caso, por ejemplo, significaría integrarse personalmente al grupo de comerciantes informales dedicados al contrabando de combustible en la frontera Perú-Bolivia para percibir el grado percepción de las normas que sancionan este tipo de comercio que se viene dando en gran escala y el grado de corrupción en los autoridades encargados de su control. En el segundo caso significaría, por ejemplo, que el investigador personalmente o su equipo de investigación (observación indirecta) efectúe un recorrido por todas las zonas críticas donde se produce la contaminación del río Chili en Arequipa, registrando los datos visualmente, mediante filmaciones, recolectando el líquido para su análisis, etc.

- b) **Fuentes secundarias:** es la información constituida por la literatura selectiva recopilada y que consideramos relevante para la investigación. Se consideran a los libros, antologías, artículos de publicaciones periódicas, monografías, tesis, documentos oficiales, reportes de asociaciones, trabajos presentados en conferencias o seminarios, testimonios de expertos, películas documentales o videocintas, páginas de Internet, bibliotecas y librerías virtuales, etc. Para su obtención física se recurrirá a las bibliotecas, hemerotecas, videotecas, filmotecas y centros de cómputos. Esta fuente secundaria es la más usual en la investigación jurídica y significa la utilización de determinadas técnicas: fichas bibliográficas, fichas resumen, fichas de cita textual, fichas de análisis y fichas de trabajo de campo.

³⁰⁰ La **observación**, puede definirse como el uso sistemático de nuestros sentidos en la búsqueda de los datos o muestras que requerimos para resolver el problema. La observación es directa cuando el investigador forma parte activa del grupo observado y asume sus comportamientos; recibe el nombre de observación *participante*. Cuando el observador no pertenece al grupo y sólo se hace presente con el propósito de obtener la información, ella recibe el nombre de *no participante* o *simple*.

7.2. TÉCNICAS APLICABLES A LA INVESTIGACIÓN

El Derecho como todas las ciencias se vale de determinadas técnicas para lograr su cometido. Aunque sus técnicas son excepcionales (técnica legislativa, jurisdiccional, jurisprudencial, forense, etc.), recurre eventualmente a las técnicas usadas en otras ramas de la ciencia. Los procedimientos de recopilación de información y datos significa el dominio de determinadas *técnicas*³⁰¹. Las técnicas “desempeñan roles importantes en la metodología cognitiva, son como los termómetros que emplean los físicos y biólogos para tomar los datos de temperatura del medio ambiente o del organismo humano, de modo que, el sociólogo y/o jurista, que quiera conocer directamente la realidad socio-jurídica, puede valerse de ciertos medios técnicos para recopilar, analizar y difundir los datos que sean de interés científicos para el desarrollo o renovación del conocimiento”³⁰².

El acopio de datos, su registro y manipulación son importantes para la elaboración de la tesis; a través de esta actividad se acumula racionalmente todo material considerada idónea para contextualizar y verificar la certeza de la hipótesis. Esta fase que es una labor de conocimiento y reconocimiento de los recursos acopiados requiere una seria concentración del tesista en su análisis e interpretación. Dentro las técnicas podemos considerar a) tests, pruebas objetivas, escalas, cuestionarios, entrevistas, análisis documental, historia de vida; b) videos, films, fotografías, magnetofón, diapositivas; c) la estadística, entre otros.

8. EL CUERPO DE LA TESIS O ESQUEMA DE LA TESIS POR CAPÍTULOS

El esquema o bosquejo del contenido de la tesis –que es sustancialmente diferente al informe- constituye el plan de trabajo preparado en forma deliberada, debidamente sistematizada cada una de las ideas que van a servir de marco orientador al desarrollo de la investigación. Expresa un plan de

³⁰¹ El *Diccionario de filosofía*, de Henry PRAT, define a la *técnica*, como el conjunto de principios, métodos y medios para el estudio y mejoramientos prácticos de la sociedad.

³⁰² ZELAYARÁN DURAND, Mauro. *Op.cit.*, pp. 127-128.

análisis lógico y cronológico por medio de capítulos y sub capítulos, títulos y subtítulos, construyendo el tema en su totalidad.

Los elementos que componen el esquema de la tesis, regularmente son:

- a) La introducción: constituye la presentación de la tesis al mundo académico y social anticipando al lector lo que va a encontrar en el cuerpo de la investigación. En la introducción se incluye: breve exposición del tema; la justificación y relevancia jurídica; los objetivos que motivaron su desarrollo; la hipótesis de trabajo; las generalidades del diseño metodológico; sucinta explicación del contenido capitular; las limitaciones o problemas, o éxitos y virtudes obtenidos en la investigación.
- b) Los capítulos y sub capítulos: la diferencia entre una tesis y un informe, radica en el hecho de que la tesis va necesariamente redactada por capítulos y debe realizarse con un estilo directo, sencillo y preciso. Es decir usar frases simples y cortas evitando un lenguaje coloquial (replana o refranes). Pero, a la vez, no utilizar frases herméticas o preciosistas. Comunicar la experiencia investigativa en forma clara y precisa. El desarrollo de los capítulos y sub capítulos deben seguir un orden lógico de lo general a lo particular, es decir, concluir en el capítulo o capítulos finales tratando el tema específico de investigación.
- c) Los títulos principales reflejan el grado de independencia individual de la temática, esto es, cada uno de ellos expone una idea central con datos explicativos, pero a la vez existe mutua interdependencia y coordinación entre uno y otro título. Su relación de conjunto debe ser de tal naturaleza que, si los uniéramos todos por medio de la conjunción “y”, nos daría la sensación de unidad, de armonía, al expresar los componentes de la idea central del proyectado estudio.

- d) Los subtítulos tienen el propósito de elaborar, ampliar, limitar y explicar las ideas expresadas en el título principal, sea por medio de ejemplos, argumentaciones, declaraciones, son por ello elementos subordinados a los títulos principales.
- e) Las conclusiones: representa una explicación sintética de todo cuanto hemos hallado si la tesis fue explicativa o descriptiva; descubierto si fue experimental; además contiene la descripción de la comprobación de la hipótesis de trabajo, o de los problemas no resueltos. Deben ir numerado y siguiendo también un orden lógico en un lenguaje claro, directo y sostenida con plena convicción de parte del investigador.

9. BIBLIOGRAFÍA PRELIMINAR

Es el listado sistemático y ordenado de las fuentes usadas para la recolección de la información. Está constituido por el material consultado inicialmente. Sin una previa referencia bibliográfica no es posible plantear adecuadamente la hipótesis, los objetivos ni la justificación del trabajo de investigación. Sobre la forma de presentación de la bibliografía existen formalidades específicas estandarizadas en la producción o ciencia de textos, de las cuales forma parte las tesis. Las diferencias son marcadas en cuanto se refiere a textos, revistas, diarios, Internet, congresos, etc.

Por ejemplo:

Caso de libros de autores individuales y colectivos:

Se debe colocar la bibliografía de la siguiente manera: APELLIDOS, Nombre (.) *Título* (.) Número de edición (,) Ciudad (,) Editorial (,) año (,) p. ...

-ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho, teorías de la argumentación*. Lima, Palestra Editores, 2004.

- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho; teoría general del Derecho*. Lima, Palestra Editores, 1999.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos y César LANDA ARROYO. *Derecho Constitucional General*. 2da.ed. t. II. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1995.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes (Coordinadora). *Derecho Procesal constitucional*. 2 tomos. Lima, Jurista Editores, 2004.

Para libros donde existe la contribución de varios autores o compiladores:

(APELLIDOS, Nombre (.) "Título de la contribución" (.) En (:)) APELLIDOS y Nombre (del compilador) (.) *Título del libro* (.) Ciudad (,) Editorial (,) año (,) p. ..

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "La influencia recíproca de las acciones de amparo en México y España". En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes. (Coordinadora). *Derecho Procesal constitucional*. t.II. 2da.ed. Lima, Jurista Editores, 2004. pp. 839-876.

Para artículos extraídos de publicaciones periódicas (revistas o periódicos).

Se debe respetar el siguiente orden:

APELLIDOS, Nombre (.) "Título del artículo" (.) *Nombre de la revista o periódico* (.) Volumen (,) Número (,) p. ... (si comprende una página) pp. ... (si son varias páginas).

OROZCO PARDO, Guillermo. "Protección de los consumidores; condiciones generales y cláusulas abusivas". *IURIS OMNES*, Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa". Vol. I. Nº 4, pp. 23-45.

10. ELEMENTOS ADMINISTRATIVOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

10.1. CRONOGRAMA DEL TIEMPO ESTABLECIDO PARA LA INVESTIGACIÓN

El cronograma señala cada una de las actividades que comprende una investigación en particular y el tiempo estimado para ser desarrollado. El cronograma hará que se cumpla con disciplina nuestro objetivo. La autodisciplina es el remedio más eficaz contra el fenómeno de la *indisciplina*. “La autodisciplina no se hereda, no nace con la persona, ella se adquiere en el largo proceso de formación de la personalidad”³⁰³.

El cronograma tentativamente comprende varias etapas, según sea, el plan preparado por el tesista: perfil del tema, recolección de fuentes iniciales, formulación del problema, diseño del proyecto, aprobación del proyecto, elaboración del marco teórico, recolección de material bibliográfico especializado, procesamiento y sistematización de datos, tabulación de la información, análisis e interpretación, redacción de la tesis por capítulos, formulación de las conclusiones, presentación e impresión, y sustentación de la tesis.

En ese sentido, el cronograma es “un auxilio al investigador, permitiéndole en primer término *ser consciente* de cada una de las tareas que implica hacer el estudio, permite también la *dosificación* de una tarea compleja como la investigación. Es útil en la medida en que permite *realizar ajustes* de las actividades en función de los criterios más importantes y decisivos abriéndose paso también la conciencia de la demora del cumplimiento”³⁰⁴. El tiempo de elaboración de una tesis se recomienda programarlo por meses, procurando que no sea muy extenso ni muy corto. Algunos, plantean que no

³⁰³ PÉREZ BETANCOURT, Armando, Rogerio MOYA y Berto GONZALES SÁNCHEZ. *Cacerías de Errores*. La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1990, p.25.

³⁰⁴ TAFUR PORTILLA, Raúl. *Op.cit.*, p.176.

debe ser menos de nueve meses ni exceder más de dos años; otros no menos de uno ni más de tres años, ello estará sujeto a la experiencia del investigador, a su disponibilidad de tiempo, recursos humanos y materiales.

10.2. PRESUPUESTO

El presupuesto debe incluir los gastos que demande la investigación en términos de precio y cantidades reales de acuerdo con los rubros programados. Comprenden gastos por servicios personales (asistentes, encuestadores, tabuladores); bienes y otros de carácter general (papelería, sistema informático, procesamiento de datos, transporte, impresiones, etc.).



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep.** *La Constitución del Estado constitucional.* Lima, Palestra Editores, 2004.
- ALEXANDROV, N. G.** *Teoría del Estado y del Derecho.* Lima, Tercer Mundo, 1987.
- ALVARADO DE PIÉROLA, Carlos.** *Epistemología.* Lima, Editorial Mantaro, 2005.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario.** *Introducción a la ciencia del Derecho.* 10ª Ed. Lima, Editorial Eddili, 1964.
- ANDRÉIEV, I.** *La ciencia y el progreso social.* Moscú, Ed. Progreso, 1976.
- ARRIETA DE GUZMÁN, Teresa.** *Teoría del conocimiento.* Arequipa, Universidad Católica de Santa María, 2005.
- ATIENZA, Manuel.** *Bioética, Derecho y Argumentación.* (Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo). Lima, Palestra Editores, 2004.
- ATIENZA, Manuel.** *Las razones del Derecho; teorías de la argumentación jurídica.* Lima, Palestra Editores, 2004.
- BACIGALUPO, Enrique.** *Derecho penal; parte general.* Lima, Ara editores, 2004.
- BALLÓN LOZADA, Héctor.** *Historia del Derecho en Arequipa.* Arequipa, IGP, 2005.
- BARAHONA, Abel y Francisco BARAHONA.** *Metodología del trabajo científico.* Bogotá, Ipler, 1984.
- BARYLKO, Jaime.** *La filosofía; una invitación a pensar.* Buenos Aires, editorial Booket, 2005.
- BULLARD GÓNZALES, Alfredo.** *Derecho y economía, el análisis de las instituciones legales.* Lima, Palestra Editores, 2003.
- BUNGE, Mario.** *Epistemología.* Barcelona, Ariel, 1980.

- BUNGE, Mario.** *La ciencia, su método y su filosofía.* Lima, editorial Lima, 1995.
- BUNGE, Mario.** *La investigación científica; su estrategia y su filosofía: 4ª Ed.* Barcelona, Editorial Ariel, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco.** *Metodología del Derecho.* Lima, ara editores, 2006.
- CORNEJO CUERVO, Rolando.** *Fundamentos filosóficos de la educación.* Arequipa, Impresora Líder, s/f.
- COSSIO, Carlos.** *El Derecho en el Derecho judicial.* Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1967.
- DE CANALES, F.H., E.L. DE ALVARADO y E.B. PINEDA.** *Metodología de la investigación.* México, Limusa, 1986.
- DE LA TORRE VILLAR, Ernesto y Ramiro NAVARRO DE ANDA.** *Metodología de la investigación.* México, McGraw-Hill, 1990.
- DELOS, J. T.** *Los fines del Derecho.* México, Manuales Universitarios, 1967.
- DU PASQUIER, Claude.** *Introducción al Derecho.* 4ª Edición. Traducción del francés por Julio Ayasta Gonzáles. Lima, Editora "Edina", 1990.
- DWORKIN, Ronald.** *El imperio de la justicia.* Barcelona, Gedisa, 1988.
- ECO, Umberto.** *El nombre de la rosa.* Barcelona, Editorial Lumen, 1989.
- ECO, Humberto.** *Cómo se hace una tesis.* Barcelona, Gedisa, 2000.
- EYSSAUTIER DE LA MORA, Maurice.** *Metodología de la investigación; desarrollo de la inteligencia.* 4ª Ed. México, Ecafsa, Thompson lerning, 2002.
- FLICK, Uwe.** *Introducción a la investigación cualitativa.* Traducido por Tomás del Amo, del texto original Qualitative Sozialforschung. Madrid, Ediciones Morata, 2004.
- FRIEDRICH, Carl Joachim.** *Filosofía del Derecho.* Traducido por Margarita Álvares Franco. México, Fondo de Cultura Económica, 1955.

- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo.** *Introducción al estudio del Derecho.* México, Editorial Porrúa, 1944.
- GARCÍA TOMA, Víctor.** *Teoría del Estado y Derecho constitucional.* Lima, Palestra Editores, 2005.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA.** *La argumentación en el Derecho.* 2ª. Ed. Lima, Palestra Editores, 2005.
- GURVITCH, Georges.** *Sociología del Derecho.* Traducción de Ángela Romero Vera. Editorial Rosario, 1945.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ SEGADO, Carlos y Pilar BAPTISTA LUCIO.** *Metodología de la investigación.* 4ª edición. México, McGraw-Hill, 2006.
- KELSEN, Hans.** *Teoría general del Estado.* México, Editora Nacional, 1959.
- LA TORRE, A; DEL RINCÓN, D., y ARNAL., J.** *Bases metodológicas de la investigación educativa.* Barcelona, Gr92, 1996.
- MANZINI, Vincenzo.** *Tratado de Derecho Penal.* Tomo I, primera parte, Teorías generales. vol. I. Buenos Aires, Ediar Editores, 1948.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, Luís y Jesús FERNÁNDEZ SUÁRES.** *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica.* Barcelona, Editorial Ariel, 1994.
- NAMAKFOROOSH, Mohammad Naghi.** *Metodología de la investigación.* 2º Ed. México, Limusa, 2003.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luís.** *La investigación en las ciencias jurídicas.* Lima, ARA Editores, 2006.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo.** *Introducción al Derecho.* 11ª Ed. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1998.
- MONROY GÁLVEZ, Juan.** *La formación del proceso civil peruano.* 2ª Ed. Lima, Palestra Editores, 2004.
- MORENO, Julio Luis.** *Los supuestos filosóficos de la ciencia jurídica.* Montevideo, 1963.

- MUÑOZ ALONZO, Gemma** y otros. *Historia del pensamiento, filosofía antigua*. Barcelona, Ediciones Sarpe, 1988.
- PACHECO G., Máximo**. *Teoría del Derecho*. 4ª Ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- PALOMINO MANCHEGO, José F.** *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho*. Lima, Editora Jurídica, Grijley, 1999.
- PÉREZ ROYO, Javier**. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- PÉREZ SERRANO, G.** *Investigación cualitativa*. Madrid, Ediciones Muralla, 1994.
- POLIT, Denisi y Bernadette HUNGER**. *La investigación científica en ciencias de la salud*. 5ª Ed. México, McGraw-Hill, 1997.
- POPPER, Karl**. *Conocimiento objetivo*. Madrid, Editorial Técnos, 1974.
- QUIRÓZ SALAZAR, William**. *La investigación jurídica*. Lima, impresiones Insegraf, 1998.
- RADBRUCH, Gustav**. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1951.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos**. *Cómo hacer la tesis en Derecho*. 3ª Ed. Lima, Gaceta Jurídica, 2002.
- REA RAVELLO, Bernardo**. *Filosofía de la ciencia*. Lima, Editorial Mantaro, 1993.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge**. *El Derecho como norma y relación social*. Lima, Ediciones Tarpuy, 1989.
- RODRÍGUEZ, Francisco J., BARRIOS, Irina y María Teresa FUENTES**. *Introducción a la metodología de las investigaciones sociales*. La Habana, Editorial Política, 1994.
- ROLLA, Giancarlo**. "Concepción de los derechos fundamentales latinoamericano". En: Ponencias desarrolladas en el VIII Congreso

Nacional de Derecho Constitucional, Arequipa 22-23-24 de setiembre de 2005.

ROSENTAL, M. M. *Diccionario filosófico*. Buenos Aires, Editorial Pueblos Unidos, 1990.

RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico; introducción al Derecho*. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1987.

RUÍZ GIMENEZ, Joaquín. *Introducción a la filosofía jurídica*. Madrid, Epesa, 1960.

RUIZ OLABUENA, J.I. *Metodología de la investigación cualitativa*. 2ª Ed. Bilbao, Universidad de Deusto, 1999.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luís Manuel. *Argumentación jurídica*. Lima, Juristas editores, 2004.

SANDÍN ESTEBAN, Paz Mª. *Investigación cualitativa en educación*. Madrid, McGraw-hill, 2003.

SERRANO, Jorge. *Filosofía de la ciencia*. México, Editorial Trillas, 1990.

SMITH, Juan Carlos. *Desarrollo de las concepciones jusfilosóficas*. 2ª Ed. Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1980.

TORRES VÁSQUEZ, Ánibal. *Introducción al Derecho; teoría general del Derecho*. Lima, Palestra Editores, 1999.

VELÁSQUEZ FERNÁNDEZ, Ángel R., y Nérida G. REY CÓRDOVA. *Metodología de la investigación científica*. Lima, Editorial San Marcos, 1999.

VÉSCOVI, Enrique. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires, Editorial IB de F, 2002.

HEMEROGRAFÍA

Advocatus, Nueva Época N° 8, Revista editada por los alumnos de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Cuadernos de Política Judicial de la PUCP, N° 1.

Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica N° 146, 150 y 165.

Revista Cathedra Año II, N° 3.

Revista *Ius et Veritas* Año IX, N° 17.

INFORMATOGRAFÍA

CAZAU, PABLO. LA EPISTEMOLOGÍA.

[HTTP://WWW.GALEÓN.COM/PCAZAU/ARTEP_EPIS.HTM.](http://www.galeón.com/pcazau/artep_epis.htm)

[HTTP://WWW.REVISTAJURIDICAONLINE.COM](http://www.revistajuridicaonline.com)

[HTTP://WWW.DERECHOYCAMBIOSOCIAL.COM](http://www.derechoycambiosocial.com)

[HTTP://WWW.HWEBRA.COM](http://www.hwebra.com)

[HTTP://WWW.SERVILEX.COM.PE/ARBITRAJE/](http://www.servilex.com.pe/ARBITRAJE/)

[HTTP://WWW.CESDEPU.COM/REVELEC/PENAL.HTM](http://www.cesdepu.com/REVELEC/PENAL.HTM)

[HTTP://WWW.FRACTAL.COM.MX](http://www.fractal.com.mx)

[HTTP://WWW.UNIFR.CH/DERECHOPENAL](http://www.unifr.ch/DERECHOPENAL)

[HTTP://WWW.UNIRIOJA.ES/DPTOS/DD/CIVIL/AUTOR.HTML](http://www.unirioja.es/DPTOS/DD/CIVIL/AUTOR.HTML)

[HTTP://WWW.LAMAQUINADEL TIEMPO.COM](http://www.lamaquinadel tiempo.com)

ANEXO

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

PREÁMBULO

En la última década, hay un acelerado proceso de institucionalización de Escuelas de Postgrado en sedes y filiales universitarias en la región sur del país. Se pone de manifiesto en egresados y profesionales creciente interés por continuar estudios de postgrado e incrementar sus conocimientos. La finalidad es elevar su calidad académica y científica para competir en óptimas condiciones en el mercado cada vez más exigente y en un mundo globalizado.

De ese contexto somos parte quienes fuimos formados académicamente en el Derecho. Las Escuelas de Postgrado acogen un significativo número de alumnos en maestrías y doctorados en Derecho. Sin embargo, la calidad académica y científica de sus egresados no es lo más óptimo ni homogéneo, no alcanzan el estándar internacional ni la excelencia al que aspiran las universidades. Hace falta poner mayor énfasis en materias: epistemología, metodología de la investigación y producción de intelectual.

El problema se expresa en las tesis de magíster que se vienen sustentando en las Escuelas de Postgrado del sur en el país: existe insuficiencia académica, rigor científico, dominio de técnicas y procedimientos metodológicos. El problema no es solamente en nuestra región, es también nacional. Muchos juristas coinciden en afirmar que el método en la investigación jurídica está “en pañales”. Sin desmerecer las excepcionalidades del caso, de excelentes trabajos de investigación que exhiben algunas de las Escuelas de Postgrado.

Detectar las causas, deficiencias y limitaciones en la investigación jurídica es uno de los objetivos de la presente investigación. Como corolario, sugerir procedimientos metodológicos y técnicas de investigación que permitan elevar la calidad académica y rigor científico, con utilidad para el sistema jurídico y la comunidad; finalmente, lograr su estandarización en el contexto nacional e internacional. El universo y muestras estarán constituidos por las tesis de maestría en Derecho sustentados en universidades nacionales y privadas del sur del país (Cuzco, Puno, Arequipa y Tacna), la ubicación temporal corresponde a los años de 2001 y 2006.

I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

*LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN LAS ESCUELAS DE POSTGRADO
DE LAS UNIVERSIDADES DEL SUR DEL PAÍS (2001-2006)*

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. ÁREA DEL CONOCIMIENTO

CAMPO: Ciencias Jurídicas.

ÁREA: Metodología de la investigación.

LÍNEA: Procedimiento metodológico en la investigación jurídica.

1.2.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN: La investigación será:

- Descriptivo³⁰⁵, explicativo³⁰⁶ e interpretativo.

1.2.3. TIPOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN³⁰⁷

- **Por su finalidad:** se ubica en la investigación de las ciencias humanas del campo jurídico-científico.
- **Por su alcance temporal:** longitudinal o diacrónica.
- **Por su profundidad:** es descriptiva, explicativa y propositiva.
- **Por su amplitud:** se ubica en la investigación microsocial.
- **Por las fuentes:** se ampara en las fuentes primarias y secundarias.

³⁰⁵ Los estudios **descriptivos** buscan especificar propiedades, las características y los perfiles importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Miden, evalúan o recolectan datos sobre diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno a investigar. Desde el punto de vista científico, describir es recolectar datos. Los estudios **explicativos**, van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; están dirigidos a encontrar a las causas de los eventos, sucesos y fenómenos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da éste, o por qué se relacionan dos o más variables. En: HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto, Carlos FERNANDEZ COLLADO y Pilar BAPTISTA LUCIO. *Fundamentos de metodología de la investigación*. México, McGraw-Hill, 2004, p. 66.

³⁰⁶ *Ibíd.*, p. 72.

³⁰⁷ Esta parte se hace en consideración al tipo de investigación formulado por el Dr. PAREDES NÚÑEZ, Julio en *Manual para la Investigación Científica*. Arequipa, Universidad Católica de Santa María, 2003, p. 21.

- **Por su carácter:** será de carácter cualitativo, sin embargo no se descarta algunos aspectos cuantitativos.
- **Por el ámbito:** regional (Cuzco, Arequipa, Puno y Tacna).

1.2.4. ANÁLISIS DE VARIABLES

(En el presente caso es univariable)

La investigación jurídica en las Escuelas de Postgrado de las Universidades del sur del país.

INDICADORES:

1er. INDICADOR

La investigación científica

SUB INDICADORES

Escuelas de postgrado en el sur del país

Escuelas de postgrado en el Cusco

Escuelas de postgrado en Arequipa

Escuelas de postgrado en Puno

Escuela de postgrado en Tacna

Graduados en maestría.

Nivel académico y científico de las tesis

2do. INDICADOR

Cientificidad del Derecho y el método en la investigación jurídica

SUB INDICADORES

El Derecho como ciencia

Enfoques epistemológicos del Derecho

Precusores de las tendencias epistemológicas

El método en la investigación jurídica

Técnicas y fuentes en la investigación jurídica

La investigación cuantitativa en el Derecho
La investigación cualitativa en el Derecho

3er. INDICADOR

Propuestas metodológicas y técnicas en la investigación jurídica en las Escuelas de Postgrado.

SUB INDICADORES

El método en la investigación jurídica
Estandarización nacional e internacional
Presupuestos de la investigación jurídica
Orientaciones en la investigación jurídica
Problema de la investigación
Objetivo de la investigación
Utilidad y justificación
Marco teórico
Técnicas e instrumentos en la investigación jurídica
Diagrama de Gantt y presupuesto

II

1.2.6. EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

Lo que más falta hace en el Perú es la producción e incremento de nuevos conocimientos a través del proceso de investigación³⁰⁸ en ciencia y tecnología. Para ello se requiere, entre otros aspectos, el dominio del método y los procedimientos metodológicos, uso de técnicas e instrumentos. Como señala BUNGE: “Donde no hay método no hay ciencia”.³⁰⁹

El Derecho sin ser exactamente una ciencia social, forma parte de ella. Para elevar la calidad académica y optimizar los trabajos de investigación en el campo jurídico requiere precisar los procedimientos metodológicos más adecuados por su particularidad dentro las ciencias sociales. En el caso peruano cada universidad y Escuela de Postgrado propone sus propios criterios, enfoques y procedimientos metodológicos, muchos de ellos, incluso arbitrariamente, soslayando aspectos fundamentales en toda investigación.

Partimos del supuesto que toda tesis de magíster en Derecho deben ser investigaciones de rigor científico en el verdadero sentido de la palabra en su contenido y profundidad. Empero, en las Escuelas de Postgrado de las universidades estatales y privadas del sur del país –sin desmerecer el esfuerzo intelectual de sus autores y la existencia de excelentes trabajos de investigación- se denota insuficiencia metodológica y uso de técnicas e instrumentos en su elaboración. Superándose tales deficiencias se lograría los estándares internacionales, poniéndonos en el mismo nivel de las universidades de los países más desarrollados.

Estas deficiencias se manifiestan particularmente en:

- a) Cada Escuela de Postgrado maneja sus propios criterios en la formulación de esquemas para los proyectos y tesis de investigación, según su mejor parecer.
- b) El procedimiento metodológico se deja, casi siempre, al capricho del o los docentes encargados de la materia respectiva no respetando

³⁰⁸ El **proceso de investigación** implica el cumplimiento de pasos o fases que el investigador debe tener en cuenta para construir conocimientos acerca de la realidad que ocupa su interés. Diferentes autores coinciden en que la creación de conocimiento exige cumplir con las diferentes etapas, a las cuales debe sujetarse la persona que incursiona en la actividad de la investigación.

³⁰⁹ BUNGE, Mario. *La investigación científica; su estrategia y su filosofía*. 7ª ed. Barcelona, Editorial Ariel, 1997, 29.

- las recomendaciones y estándares nacionales e internacionales sobre los presupuestos de todo proceso de investigación.
- c) No contamos con epistemólogos y metodólogos en número suficiente para la enseñanza y asesoramiento en investigación y elaboración de proyectos y las tesis.
 - d) Los alumnos de las Escuelas de Postgrado no le prestan debida importancia a las materias de investigación, talleres de elaboración de la tesis y producción intelectual.
 - e) Muchas tesis de magíster carecen de trascendencia jurídica y utilidad para la sociedad.

De lo brevemente expuesto, se plantea la necesidad de reformular en sus aspectos fundamentales el proceso de investigación que promueven las Escuelas de Postgrado, también sus currícula y silábos, promocionar la formación de epistemólogos y metodólogos que tanta falta hace.

1.2.7. INTERROGANTES BÁSICAS DEL PROBLEMA

¿Precisa indagar los problemas existentes en las investigaciones jurídicas en las Escuelas de Postgrado para enriquecer la investigación en campo del Derecho?

¿Debemos determinar cuáles son los problemas más saltantes en el procedimiento metodológico, técnicas e instrumentos en la investigación jurídica en las Escuelas de Postgrado?

¿Es conveniente formular procedimientos metodológicos y técnicas para optimizar la investigación jurídica otorgándole calidad académica y científica a las tesis de magíster a fin de estandarizarlos con el contexto internacional?

¿Existe necesidad de perfeccionar la enseñanza-aprendizaje en los procedimientos metodológicos, técnicas e instrumentos en la investigación?

1.3. JUSTIFICACIÓN³¹⁰ DEL PROBLEMA

1.3.1. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA

Toda investigación científica está sujeta a la utilización de procedimientos y técnicas metodológicas. Con la investigación propuesta buscamos detectar los límites, deficiencias y problemas existentes en la investigación jurídica de las Escuelas de Postgrado en las Universidades del sur del país, a partir de ello, proponer un diseño y procedimiento metodológico para facilitar y viabilizar la investigación. El Derecho al alcanzar la categoría de ciencia, requiere de la manipulación de determinados procedimientos metodológicos según sea la rama o materia jurídica.

1.3.2. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA

No existe ordenamiento o sistema jurídico perfecto. Lo que se busca es alcanzar en lo posible su perfección. Por ello, los trabajos de investigación jurídica deben acrecentar el conocimiento en el Derecho: hacer que el sistema jurídico nacional e internacional reflejen realidades específicas en la búsqueda de mayor justicia social, las relacionales inter Estados y organismos supranacionales.

1.4.3. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA Y METODOLÓGICA

Antes que una concepción teórica, el procedimiento metodológico es práctico, lo que supone el uso de determinados instrumentos y técnicas para lograr un fin. El presente trabajo se justifica por cuanto procura adiestrar al investigador con procedimientos metodológicos prácticos facilitando a realización del diseño de proyectos de tesis y la tesis misma.

1.4.4. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

La investigación tiene una trascendencia teórica de nivel académico en el campo jurídico, porque coadyuvará a elevar la calidad y profundidad en la

³¹⁰ **Justificar**, en materia de investigación, significa determinar las motivaciones que llevan al investigador a desarrollar el proyecto. Todo investigador debe mostrar las bondades que lo motivan hacer la investigación. La justificación puede ser teórica, jurídica, metodológica y práctica. Para ello se debe dar respuesta ¿Por qué y para qué se investiga? ¿Qué importancia tiene para la sociedad la investigación? ¿Servirá de alguna utilidad en el campo jurídico?

producción de conocimientos en temas jurídicos, además, conceptos y definiciones relacionados a la investigación científica.

2. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

2.1. MARCO TEÓRICO

El marco teórico³¹¹ de la tesis estará expuesto en los primeros capítulos, desarrollando los fundamentos y enfoques epistemológicos predominantes en la ciencia jurídica; exposición del significado del enfoque cualitativo y cuantitativo en investigación jurídica en las Escuelas de Postgrado del sur del país, para concluir con el análisis concreto del problema planteado, los objetivos y contrastación de la hipótesis. Significa desarrollar y explicar cada uno de los aspectos de la variable, sus indicadores y subindicadores. Así sistematizado, comprenderá los siguientes aspectos fundamentales:

- Apreciaciones generales del problema de investigación.
- Evolución de la filosofía, la ciencia y el Derecho.
- La epistemología y las direcciones *jusfilosóficas*.
- Fundamentos acerca de la cientificidad del Derecho.
- Precursores de las tendencias epistemológicas del Derecho.
- Corrientes epistemológicas predominantes en el pensamiento jurídico.
- La ciencia y el método de investigación jurídica.
- El enfoque cualitativo en el Derecho.
- El enfoque cuantitativo en el Derecho.
- Particularidades de la investigación jurídica.
- Diagnóstico de las tesis en Derecho en la región sur.

³¹¹ Por principio, la observación, descripción y explicación de la realidad que se investiga deben ubicarse en la perspectiva de lineamientos teóricos. Esto exige del investigador la identificación de un **marco de referencia** o llamado también **marco teórico** sustentado en el conocimiento científico, por ello cada investigador toma en cuenta el conocimiento previamente construido. Como expresa TAFUR PORTILLA, Raúl: "Se entiende por marco teórico al fundamento de la investigación, integrado por el conjunto de conocimientos que elabora el investigador a fin de apoyar el estudio que se propone hacer. Estos conocimientos no sólo son aquellos que el investigador considera ciertos sino que también pueden incluirse los probablemente verdaderos". En: *La tesis universitaria*. Lima, Editorial Mantaro, 1995, p.152.

Cada uno de los aspectos enumerados, serán desarrollados conceptualmente con su respectivo ejemplo a fin de facilitar la realización de los trabajos de investigación.

2.2. DEFINICIONES OPERATIVAS

- **CIENCIA Y TECNOLOGÍA:** El término ha estado muy en boga, y consiste en el conjunto de procedimientos y equipos indispensable para realizar las operaciones necesarias en la transformación de insumos en productos, el uso de los servicios. Etimológicamente viene del griego “Technikos” que significa arte; y “logos”, tratado.
- **CODIFICACIÓN:** La codificación es una etapa que consiste en formar un cuerpo o grupo de símbolos a valores de tal forma que los datos puedan ser tabulados. La codificación, generalmente, se efectúa con números o letras.
- **CONFIABILIDAD:** Grado en que un instrumento de medición se mantiene estable, es decir, produce resultados similares en repetidas administraciones. Nótese que esta cualidad es independiente de validez, que es el grado en que el instrumento mide realmente aquello que se propone. Un instrumento no puede ser válido si no es también confiable, pero puede ser confiable y no ser válido.
- **CONTRASTACIÓN:** Es el acto por el cual se coteja lo que dice la proposición con lo que constatamos que ocurre en realidad natural o social. Así se decide si la proposición es empíricamente verdadera o empíricamente falsa. La contrastación puede hacerse directamente, esto es, estableciendo la correspondencia entre lo que dice la proposición y la realidad, o directamente, esto es cotejando con la realidad no la proposición misma en cuestión sino proposiciones que deducen lógicamente de ella.

- **CORRELACIÓN:** Grado en que dos variables varían juntas, es decir, grado en que los cambios en una de las variables están acompañados por cambios en la otra. La correlación se expresa habitualmente en función de un número que pueda variar de (-1.0) relación negativa perfecta a (0.0) ausencia de relación o (0.1) relación positiva perfecta.
- **DEDUCCIÓN:** Es una operación lógica que consiste en obtener, mediante la aplicación de reglas lógicas, llamadas de deducción, a partir de un conjunto de proposiciones conocida como conclusión. Si las premisas son verdaderas la conclusión es necesariamente verdadera. Lo que garantiza en lo fundamental las reglas lógicas de deducción es que la conclusión se deriva de las premisas sin contradicción. La palabra “inferencia” puede ser considerada un sinónimo de “educación”.
Asimismo, una demostración es matemática es estrictamente un ejemplo de deducción.
- **DEFINICIÓN DE CONCEPTOS:** Para definir un concepto es necesario considerar algunos elementos que a continuación se mencionan:
Nunca definir el mismo concepto de manera diferente.
Establecer los límites del concepto.
Que la definición esté de acuerdo con la (s) teoría (s) científica (s) sustentada en la investigación.
Existen dos tipos de definición en el terreno de la investigación: la definición teórica y la definición operacional. La primera se refiere a la definición que encontramos en los diccionarios y/o libros especializados; tiene un alto nivel de abstracción.
El segundo tipo de definiciones se emplea sobre todo en las investigaciones en ciencias sociales y el Derecho, consiste en ajustar la definición teórica al fenómeno específico que se esté investigando, aquí se anotan los indicadores dentro de la definición.
- **DEFINICIÓN OPERACIONAL:** Aserto en términos de conducta real, de lo que va a representar o constituir una variable. La innata, por ejemplo,

puede definirse operacionalmente mediante los puntajes que se logran en un test.

- **DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:** Cuando el investigador ha definido sus variables, ha determinado cómo las va a controlar, ha formulado sus hipótesis, y ha seguido todos los pasos recomendados, está en posibilidad de elegir el diseño mas adecuado para su estudio. Uno de los aspectos mas importantes que se debe tener en cuenta para determinar el diseño es el tipo y tamaño de la muestra o las muestras.
- **ESTUDIO DESCRIPTIVO:** Este tipo de estudio se parece al anterior, en el sentido de que no puede llegar a conclusiones muy generales del fenómeno; sin embargo, cuando el investigador realiza este estudio, obtiene un mayor conocimiento del fenómeno en cuestión, pero sólo pretende describir las características más importantes del mismo en lo que respecta a su aparición, frecuencia y desarrollo. Es decir, el investigador sólo quiere descubrir el fenómeno tal como se presente en la realidad.

Además, le sirve para obtener más información que le será útil para plantear estudios posteriores más estructurales.

- **ESTUDIO DE CAMPO:** El estudio de campo trata de estudiar un determinado grupo de personas para conocer su estructura y sus relaciones sociales. Su principal característica consiste en que se realiza en el medio natural que rodea al individuo, y puede o no ser experimental.
- **ESTUDIO DE CASOS:** El estudio de casos se efectúa mediante la creación de técnicas cualitativas, tales como el cifrado cualitativo que se puede utilizar de modo más eficaz en la investigación social.

- **ESTUDIO DE ENCUESTA:** Este tipo de estudio se aplica a grupos numerosos de personas, es decir, a poblaciones; desde luego, se basa en nuestras tomadas de éstas. El objetivo principal de un estudio de encuesta consiste en analizar las características psicológicas, económicas, políticas y sociales, observables en determinada población mediante métodos estadísticos. La diferencia entre un estudio de encuesta y un estudio de campo es que el primero tiene mayor alcance ya que generalmente se trabaja con un mayor número de sujetos, y el segundo posee mayor profundidad puesto que estudia con más detalle a una muestra más reducida.
- **ESTUDIO EXPERIMENTAL:** En este tipo de estudios el investigador ha establecido ya que el problema concreto que va a investigar. Tiene una hipótesis de trabajo que pretende confirmar o rechazar, y que le servirá para explicar el fenómeno; tiene variables que controla y que piensa relacionar entre sí como parte de la hipótesis y de la explicación del fenómeno. Generalmente, en este tipo de estudios se trabaja con dos grupos: uno de control, al que no se le aplica ningún tratamiento experimental, y un grupo experimental, al que si se aplica tratamiento, con el fin de establecer comparaciones entre ambos.
- **ESTUDIO EXPLORATORIO:** Este tipo de estudio se lleva a cabo cuando el investigador no tiene una idea específica de lo que quiere investigar, por lo que realiza este tipo de estudio para lograr una primera aproximación al fenómeno, y para ver cómo se relaciona dicho fenómeno con ciertos eventos que suceden a su alrededor.
- **ESQUEMA:** El esquema es un plan de organización, una guía, un bosquejo de trabajo o esqueleto del mismo. El esquema es después de la elección del tema, el modelo a seguir en la investigación, el cual puede sufrir modificaciones durante la investigación. En éste se ordenan las materias de trabajo, se forma un marco en el cual las ideas a desarrollar se encuentran delimitadas.

- **FUENTES DE INFORMACIÓN:** Desde el punto de vista histórico y el sentido más amplio de la palabra, fuente es todo aquello que nos proporciona material para reconstruir el pasado.

La fuente como principio o fundamento de una cosa, representa la originaria materia del conocimiento.

A las fuentes de información se les puede identificar con las obras de consulta o sea los diccionarios enciclopédicos, obras de carácter bibliográfico, etc.

Las fuentes de información son los recursos más seguros en la investigación moderna y constituyen el más valioso recurso para la investigación.

- **HIPÓTESIS:** La hipótesis, constituye un intento de explicación o una respuesta provisional a un fenómeno. Su función consiste en delimitar qué se va investigar según algunos elementos, tales como el tiempo, el lugar, las características de los sujetos, etc.; mejor dicho, se considera a la hipótesis como la formulación de una suposición que se realizara para responder tentativamente al planteamiento del problema.

Elementos de la hipótesis

- Es una proposición.
- Es una suposición.
- Es una condición o principio.
- Une lo conocido con lo desconocido.
- Es una relación entre variables.
- Predice hechos.
- Es comparable y también refutable.
- Sirve de unión entre teoría y práctica.
- Es un diseño de investigación, es la síntesis y la sistematización de la teoría.
- Es un enunciado lógico.

Requisitos para plantear una hipótesis

- Los términos que se emplean deben ser claros y concretos para poderlos definir de manera operacional, a fin de que cualquier investigador que quiera replicar la investigación, pueda hacerlo.
 - Las hipótesis deben ser objetivas y no llevar algún juicio de valor; es decir, no debe definirse el fenómeno con adjetivos tales como “mejor” o “peor”, sino tal como “pensamos” que sucede en la realidad.
 - Las hipótesis deben estar relacionadas con los recursos y las técnicas disponibles. Esto quiere decir que cuando el investigador formule su hipótesis debe saber si los recursos que posee deben ser adecuados para la comprobación de la misma.
 - La hipótesis debe estar directamente relacionada con el marco teórico de la investigación y derivarse de él.
- **HIPÓTESIS DE TRABAJO:** Es aquella que le sirve al investigador como base de su investigación, o sea, trata de dar una explicación tentativa al fenómeno que se está investigando.
Esta es la hipótesis que el investigador tratará de aceptar como resultado de su investigación, rechazando la hipótesis nula.
 - **INDICADORES:** Vendrían a ser las características propias de un concepto, el comportamiento o atributo más sensorial. En otras palabras los indicadores son algo específico y concreto que presenta algo más abstracto o difícil de precisar. Para escoger los indicadores existen algunos criterios, tales como:
 - Se debe tener el menor número de indicadores de una misma variable, siempre y cuando éstos sean realmente representativos de la misma.
 - Se deben poseer formas de medición específicos para cada indicador.
 - Hay que tener en cuenta que los indicadores sólo poseen una relación de probabilidad con respecto a la variable, puesto que en

ciencias sociales y en el Derecho es muy difícil saber con certeza cuándo un indicador realmente representa una variable.

- No se puede contar con muchos indicadores, sino que por cuestiones se tiene que realizar una síntesis de los diversos indicadores de una variable. Una variable puede tener muchos indicadores, pero metodológicamente, es recomendable escoger los más importantes y eliminar los menos trascendentes.

- **INVESTIGACION DOCUMENTAL:** La investigación documental es una tarea requerida como punto de arranque de cualquier trabajo de investigación.

Consiste en un sistema de recolección de datos escritos, que asiste y refuerza a la memoria y facilita el manejo de los materiales para clasificarlos parcial o totalmente. Su base principal es el registro de los datos localizados.

- **JUSTIFICACIÓN:** Etapa de la investigación que expone las particularidades del problema por investigar en forma resumida y además debe indicar los propósitos para los cuales se desarrolla la investigación; Es decir, las razones fundamentales de la misma.

- **MARCO TEÓRICO:** Constituido por las referencias del carácter teórico edificadas sobre la base del problema de investigación. Estas referencias teóricas son extraídas fundamentalmente de trabajos anteriormente elaborados.

Frecuentemente nos podemos encontrar con ausencia de fuentes teóricas sobre el tema tratado, siendo así se deberá elaborar el marco teórico específico que exige un determinado problema. Un buen marco es el resultado de la mayor cantidad de trabajos consultados, lo que facilitará una mayor aproximación al problema y permitirá en términos prácticos, parámetros desde los cuales se tomarán las decisiones metodológicas importantes. Por tanto es un trabajo que ayuda al orden y disciplina posterior.

Es la fundamentación teórica del problema, de tal manera que explique los resultados obtenidos en la investigación.

Por el contrario, si no se tiene un marco de retención para fundamentar la investigación, difícilmente se podrán interpretar, de manera fructífera, los resultados del trabajo.

- **MEDICIÓN:** En sentido específico, en el contexto de la investigación científica, la medición es una parte del proceso en el cual se logra comprobar las hipótesis bien formuladas. Al hacer uso de la medición, el investigador asigna numerales, es decir, números y a veces símbolos a los objetos, propiedades de hechos o fenómenos.
- **MÉTODO:** Modo de decir con orden una cosa. Modo de obrar o de proceder cada uno. Manera razonada de conducir el pensamiento con el objeto de llegar a un resultado determinado y preferentemente al descubrimiento de la verdad.
- **MÉTODO CIENTÍFICO:** Es una abstracción de las actividades que los investigadores realizan, mediante el cual se concreta la atención exclusivamente en los procesos de adquisición del conocimiento, desentendiéndose del contenido particular de los resultados obtenidos salvo en cuanto al hecho de que sean validos.

El método científico es también un conocimiento adquirido como resultado de la actividad científica, por tanto, no se reduce a un simple conjunto de procedimientos técnicos y hábitos de investigación; debe representar algo análogo a la realidad, es decir, refleja el desarrollo del mundo objetivo.

El método científico expresa una estrecha unidad con la teoría. Es el procedimiento encargado de alcanzar un objetivo determinado mediante el ordenamiento de actividades, de modo de reflejar más objetivamente el objeto de estudio.

- **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:** Vendrían a ser los alcances desagregados y particularizados del objetivo o de los objetivos generales que contemplan aspectos significativos, de tal manera que expresen ciertas connotaciones.
- **OBJETIVOS GENERALES:** Son los alcances generales de la investigación que se emprende; estos alcances se refieren al objetivo básico de lo que se pretende investigar, es decir, qué se quiere lograr y hasta donde se quiere llegar.
- **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:** El planteamiento del problema consiste en traducir el tema de investigación a términos concretos y específicos, susceptibles de ser manejados empíricamente. Al planteamiento del problema se le llama “formulación del problema” o “determinación del problema”. Se trata de una actividad compleja que supone y exige la elaboración de dos interrogantes; ¿qué investigar? y ¿buscando qué?. Requiere establecer no sólo el área o fenómeno social que se va a estudiar (qué investigar), sino también precisar qué es lo que se intenta saber o describir respecto a dicho fenómeno (buscando qué).
- **PROCESAMIENTO DE DATOS:** Después de haber recogido los datos, es necesario que el investigador comienza a procesarlos, y para ello debe empezar a organizar los datos mediante la consistencia, clasificación y tabulación de la información.
- **RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN:** Una vez que los científicos formulan sus problemas, de acuerdo a las condiciones y recursos, y luego que plantean sus hipótesis, según las prescripciones de la metodología de la investigación científica, se ven precisados a probarlas. Para probar la hipótesis se ven en la imperiosa necesidad de planear cómo conseguir la “materia prima”, es decir, el aspecto fundamental, el meollo de la investigación: el logro de la información. Ir a

la caza de la información es todo un operativo decisivo en el proceso de investigación. Sólo así la investigación cumplirá con sus funciones: describir, explicar, controlar y predecir hechos.

- **TABULACIÓN:** La tabulación es una parte del proceso técnico en el análisis estadístico de los datos. La operación esencial en la tabulación es el recuento para determinar el número de casos que encajan en las distintas categorías.

La forma más sencilla de representar los descubrimientos de la investigación es la distribución de frecuencias o tabulación.

Todo lo que se entiende por dichos términos es la presentación de una columna, de las distintas cualidades de un atributo, o de los distintos valores de una variable, junto con asientos anotados en otra columna, que indican la frecuencia con que se presenta cada una de las clases.

La tabulación consiste como se indica arriba, en anotar las frecuencias: estos datos se vacían en una tabla.

La tabulación consiste en agrupar o ubicar cada una de las variables en los grupos establecidos en la clasificación de datos, o sea en la distribución de frecuencias. Existen dos formas de tabulación: manual y mecánica.

La tabulación manual: Se efectúa agrupando datos en categorías, es decir, se anotan en una categoría o distribución el número de repeticiones hasta completar el total de la muestra.

La tabulación mecánica: Es el procedimiento que se sigue para agrupar datos por medio de computadoras. Se recomienda el uso de este sistema cuando el universo o la muestra y las respuestas son numerosas.

- **TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:** Los instrumentos de recolección de datos pueden ser de tipo documental o de campo.

No concluye la posibilidad de combinar los instrumentos documentales con los de trabajo de campo.

La elección de las técnicas de recolección de datos dependen de la naturaleza de la investigación, la misma que se encuentra expresada en las hipótesis, por tanto se puede optar por el uso de encuestas o la consulta de documentos, libros, periódicos, etc.

- **UNIVERSO:** Son todos los elementos—gente, acontecimientos, situaciones, etc. en relación con los cuales se diseña un estudio investigativo para que produzca información. Una muestra es una parte o sub—conjunto del universo.
- **VARIABLES:** En este sentido las variables se pueden definir como todo aquellos que vamos a medir, controlar y estudiar en una investigación o estudio. Las variables deben ser susceptibles de medición, de manera cuantitativa. En definitiva, la variable vendría ser todo rasgo, cualidad o característica, cuya magnitud puede variar en los casos individuales.
- **VARIABLES INDEPENDIENTES, DEPENDIENTES E INTERMEDIAS:** La variable independiente es a menudo (aunque no siempre), la variable de control o sea, la variable a la cual pueden atribuirse valores (cambiarlas) a voluntad dentro de ciertos límites. Esta distinción pragmática tiene una raíz ontológica, los cambios en los valores de la variable de control suelen llamarse causas; mientras que los cambios resultantes para los valores de las variables dependientes se llaman efectos.

En otros términos, la variable independiente es todo aquello que el experimentador manipula, debido a que cree que existe una relación entre ésta y la variable dependiente, mientras que la variable dependiente podemos definirla como los “cambios sufridos por los sujetos como resultado de la manipulación de la variable independiente por parte del experimentador”.

En cambio la variable intermedia hace posible una interpretación ulterior de la versión original de la hipótesis y se ubica en un tiempo posterior a la variable independiente y antes de la variable dependiente y, a su vez, se encuentra correlacionada con las variables tanto independientes como dependientes.

3. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

De las pesquisas efectuadas en las Bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María y otras de la región sur hemos constatado que no existen trabajos de investigación similares a la naturaleza del presente proyecto de investigación, por lo que es única en su género y por cuanto las características de todo trabajo de investigación debe ser su originalidad. Existen trabajos relacionados sobre investigación y procedimientos metodológicos pero en otras áreas del conocimiento científico, particularmente puras y sociales (salud, educación, sociología, etc.)

La investigación sobre temas relacionados al procedimiento metodológico en el campo jurídico es reciente, porque también es reciente el acelerado incremento de las Escuelas de Postgrado y su oferta en diversas especialidades del campo jurídico. Esta es la razón, que nos ha motivado plantear el presente Proyecto de Tesis –con la humildad del caso- coadyuve al incremento del conocimiento en la investigación jurídica.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

Detectar los problemas en la investigación jurídica de las Escuelas de Postgrado del sur del país y coadyuvar al enriquecimiento en la producción de nuevos conocimientos y desarrollo de la investigación jurídica.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Precisar y determinar los problemas de fondo y de forma más saltantes en el procedimiento metodológico en la investigación jurídica en las Escuelas de Postgrado de las universidades del sur del país.

Proponer un procedimiento metodológico en el desarrollo de los proyectos de investigación y la tesis a fin de facilitar y optimizar el conocimiento científico en el campo del Derecho otorgándole calidad académica y científica a las tesis de magíster y doctor en las Escuelas de Postgrado.

Viabilizar la enseñanza-aprendizaje de los procedimientos metodológicos, técnicas e instrumentos en la investigación jurídica en las diversas ramas a fin de alcanzar su estandarización nacional e internacional.

5. HIPÓTESIS DE TRABAJO

PRINCIPIO: Teniendo en cuenta que:

No existiendo en gran parte de Escuelas de Postgrado de las universidades del sur del país un idóneo manejo de procedimientos metodológicos, técnicas e instrumentos en elaboración de las tesis de magíster precisa elevar su calidad académica, rigor científico y trascendencia jurídica.

HIPÓTESIS: Es probable que:

DETECTANDO Y SUPERANDO LAS DEFICIENCIAS Y LIMITACIONES EN EL PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA SE LOGRARÁ ELEVAR LA CALIDAD ACADÉMICA, RIGOR CIENTÍFICO Y TRASCENDENCIA JURÍDICA DE LAS TESIS DE MAGÍSTER EN DERECHO EN LAS ESCUELAS DE POSTGRADO PARA ALCANZAR SU ESTANDARIZACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.

II PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

FUENTES Y TÉCNICAS DE LA INVESTIGACIÓN

1. FUENTES Y RECOLECCIÓN DE DATOS:

1.1. FUENTES:

Fuentes primarias: para contrastar la hipótesis y explicación de las variables independiente y dependiente, se recurrirá a la recolección de muestras³¹² y recolección de datos³¹³. La muestra será probalística por cuanto todos los elementos de la población tienen la misma posibilidad de ser escogidas. Las muestras, en este caso, estarán constituidas por las tesis en Derecho sustentadas para optar el grado académico de magíster de las Escuelas de Postgrado de las Universidades del sur del país, seleccionadas al azar en cada Universidad, sustentadas en el período 2001-2006.

Fuentes secundarias: se hará uso de la revisión documental: Reglamentos de Grados y Títulos, sílabus, textos y libros sobre investigación científica. Con respecto a los instrumentos, se hará uso de fichas bibliográficas por autores y por materias.

1.2. TÉCNICAS

(Está detallado en el cuadro subsiguiente)

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN:

2.1. UBICACIÓN ESPACIAL

De acuerdo al planteamiento del problema y los objetivos de la investigación propuestos, ésta tiene un ámbito de referencia sobre el cuál se ha de construir el conocimiento: las tesis de magíster de las Escuelas de

³¹² **Muestra** es un subgrupo de la población de interés (sobre el cual se habrán de recolectar datos y que se define o delimita de antemano y tiene que ser representativo de ésta. Frecuentemente, el investigador se interesa en que los resultados encontrados en la muestra logren generalizarse o extrapolarse a la población (en el sentido de la validez externa que se comentó al hablar de experimento). En: HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, y coautores. *Op.cit*, p. 164.

³¹³ A decir de Mario BUNGE, "las ideas que expresan el resultado de una fase de observaciones son un conjunto de **datos**".

Postgrado de las Universidades del sur del país (Cuzco, Puno, Arequipa y Tacna).

2.2. UBICACIÓN TEMPORAL

El espacio en el tiempo al cuál ha de corresponder la información que sirve de referencia en la investigación es de 2001-2006.

2.3. UNIVERSO

El universo está dado por todos los trabajos de investigación jurídica en las Escuelas de Postgrado de las Universidades de la región sur del Perú que suman un aproximado de 80 tesis de magíster.

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN:

3.1 RECOLECCIÓN DE MUESTRAS Y DATOS:

En la recolección de las muestras y datos, se harán desplazamientos a las Universidades del Cuzco, Arequipa, Puno y Tacna. En las Escuelas de Postgrado de dichas Universidades se recolectará información documental. Adicionalmente se hará uso de todo material documental accesible en materia de investigación científica, incluyendo Internet.

3.2 INSTRUMENTOS Y TÉCNICAS:

Cuadro de los **Instrumentos** y **técnicas** de recolección de información:

| TIPO | VARIABLE | INDICADORES | SUBINDICADORES |
|-------------|--|--|---|
| UNIVARIABLE | LA INVESTIGACION JURÍDICA EN LAS ESCUELAS DE POSTGRADO DE LAS UNIVERSIDADES DEL SUR DEL PAÍS | LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA | Escuelas de postgrado en el sur del país. Escuelas de postgrado en el Cusco. Escuelas de postgrado en Arequipa. Escuelas de postgrado en Puno. Escuela de postgrado en Tacna. Graduados en maestría. Nivel académico y científico de las tesis. |
| | | CIENTIFICIDAD DEL DERECHO Y EL MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA | el derecho como ciencia. Enfoques epistemológicos del Derecho. precursores de las tendencias epistemológicas. El método en la investigación jurídica . Técnicas y fuentes en la investigación jurídica. La investigación cuantitativa en el Derecho. La investigación cualitativa en el Derecho. |
| | | PROPUESTAS METODOLÓGICAS Y TÉCNICAS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN LAS ESCUELAS DE POSTGRADO. | El método en la investigación jurídica. Estandarización nacional e internacional. Presupuestos de la investigación jurídica. Orientaciones en la investigación jurídica. Problema de la investigación. Objetivo de la investigación. Utilidad y justificación. Marco teórico. Técnicas e instrumentos en la investigación jurídica. Diagrama de Gantt y presupuesto. |

III. CRONOGRAMA O DIAGRAMA DE GANTT

| Nº | ACTIVIDADES | MESES (2006 –2007) | | | | | | | |
|----|---|--------------------|-------------|------------|------------|------------|------------|-----------|------------|
| | | 1º | 2º | 3º | 4º | 1º | 2º | 3º | 4º |
| 1 | Formulación del problema, revisión bibliográfica. | X | | | | | | | |
| 2 | Elaboración del Proyecto de tesis | | X | | | | | | |
| 3 | Trabajo de campo | | | X | | | | | |
| 4 | Análisis de muestras | | | | X | | | | |
| 5 | Control y evaluación de las muestras | | | | | X | | | |
| 6 | Redacción del Plan de Tesis E informe final | | | | | | X | | |
| 7 | Revisión e impresión de la tesis | | | | | | | X | |
| 8 | Presentación a Universidad Y sustentación | | | | | | | | X |
| | | May Jun. | Jul. ago | Ags sep | Oct nov | Dic ene | Feb mar | Abr ma | Jun jul |

IV. RECURSOS HUMANOS Y FINANCIEROS

a. RECURSOS HUMANOS

- Asistente a medio tiempo 4 meses S/. 1,200.00
- Digitador y diagramador 1,000.00
- Gastos de desplazamiento 2,000.00

b. RECURSOS MATERIALES

- Papel Bond 80.00
- Material de escritorio 50.00
- Fichas bibliográficas 30.00
- Equipo de computación 1,500.00
- Material de impresión 200.00
- Copias fotostáticas 200.00
- Revisión de tesis 500.00
- Impresión de tesis 600.00

COSTO TOTAL S/. 7,380