



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Witker, Jorge

Hacia una investigación jurídica integrativa

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLI, núm. 122, mayo-agosto, 2008, pp. 943-964

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42712213>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

HACIA UNA INVESTIGACIÓN JURÍDICA INTEGRATIVA*

Jorge WITKER**

RESUMEN: La complejidad que enmarca la realidad jurídica actual exige una perspectiva de análisis, que a partir de una integración de concepciones jurídicas —positivismo, iusnaturalismo, ius-sociologismo—, permita la generación de nuevos conocimientos, a través de diversos tipos de investigación, que lejos de constituir compartimentos estancos, nos permite vincular el conocimiento de forma tal, que cada tipo de investigación constituya un eslabón dialéctico de un conocimiento posterior. Desde este enfoque, el presente artículo propone la aplicación del paradigma holístico al ámbito jurídico, como respuesta al escenario antes descrito, modelo que implica no sólo el reconocimiento de los aportes de las llamadas monografías jurídicas, en la descripción de contextos legales, sino el reconocimiento de una concepción abierta del derecho, que integrado por normas, hechos y valores, requiere de diversos tipos de investigación —exploratoria, descriptiva, analítica, comparativa, propositiva, prospectiva, interactiva, evaluativa— que den cuenta de diferentes tipos de análisis.

Palabras clave: Investigación jurídica, tridimensionalismo, fenómeno jurídico, concepciones del derecho, holismo.

ABSTRACT: *The complexity that frames the current legal reality, demands a perspective of analysis, that starts of an integration of legal conceptions —positivism, iusnaturalism, sociology of law—, and allows to generate new knowledge, through the different kinds of research, that far away of constitute suspended compartments, allow us linking the knowledge in that way, that every kind of research constitute a dialectic chain of an subsequent knowledge. In this context, the article in your hands, propose the application from the holism paradigm to legal scope, as an answer of the previous stage, model that implies not only the recognition of contributions of the named “legal monographs”, in the description of legal contexts, but also the recognition of an open conception of law, that integrated by norms, facts and values, requires of an different kinds of exploratory research —descriptive, analytic, comparative, proposal, prospective, interactive, evaluative— that realize the different kinds of analysis.*

Descriptors: *Legal investigation; three-dimensionalism; legal phenomenon; conceptions of the right; holism.*

* Artículo recibido el 31 de agosto de 2007 y aceptado el 8 de octubre de 2007.

** Investigador y profesor de Derecho económico y Metodología de la investigación jurídica en la UNAM.

La objetividad es la ilusión de que las observaciones pueden hacerse sin un observador.

Watzlawick, P. y Priego P., *El ojo del observador contribuye al constructivismo*, Barcelona, Gedisa, 1994.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho como objeto de investigación*. III. *Globalización y derecho*. IV. *Hacia una concepción integrativa (holística) del derecho*. V. *Investigación holística aplicada al derecho*. VI. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación jurídica se encuentra en una crisis generalizada en América Latina; varias causas tentativamente explican la situación: *a)* El predominio de la concepción positivista-formalista del derecho; *b)* El aislamiento de los estudios jurídicos respecto al resto de las ciencias sociales que impiden enfoques globales a los problemas jurídicos;¹ *c)* Una concepción binaria entre teoría y práctica, externo-interno, ser-deber ser, estructura-función, etcétera, que parcializa y segmenta el fenómeno jurídico de su contexto sociocultural,² y finalmente, *d)* Una enseñanza jurídica discursiva, memorística y repetitiva que omite todo juicio crítico y participativo de estudiantes pasivos y esencialmente receptivos.³

A estos factores se suman los complejos retos que la globalidad plantea a los sistemas jurídicos estructurados para regular espacios territoriales acotados (derecho positivo vigente); para ello, se hace necesario diseñar una apertura del conocimiento jurídico que permita superar los paradigmas que heredamos de los años treinta, cuarenta, y

¹ Esta es la propuesta de la “nueva racionalidad”, como la llama Sergio Vilar, en la obra del mismo nombre, que se traduce en la aplicación de métodos interdisciplinarios y transdisciplinarios, que integren texto y contexto, publicado por Kairós en España.

² Estructura cognitiva heredada por Descartes en su *Discurso del método*, donde sostenía que las dificultades, para ser comprendidas, debían separarse. Véase Bunge, Mario, *Epistemología*, 4a. ed., México, Siglo XXI, 2004.

³ García Garrido, Manuel y Eugenio Francisco, *Estudios de derecho y formación del jurista*, Madrid, Dickinson, 1990, p. 88.

cincuenta del siglo pasado,⁴ y crear nuevos enfoques que adecuen el derecho a las necesidades de la sociedad actual.

Se trata de utilizar la integración de los conocimientos jurídicos y su vinculación inter o transdisciplinaria con otras áreas y campos científicos descartados hasta ahora, por el formalismo positivista.⁵

Por ello, postulamos que el profesional del derecho debe actuar en busca de una justicia universal; sin discriminar pueblos, avanzando en la dirección del fortalecimiento de una sociedad solidaria, libre, en armonía con los principios que rigen la naturaleza y que permiten nuestra liberación. El espíritu crítico deberá de residir en el jurista que tiene conciencia del papel que juega en la sociedad.⁶

Las siguientes reflexiones pretenden incursionar por tal novedoso sendero, apoyado por la metodología holística de amplia aplicación en el ámbito de las ciencias sociales.⁷

⁴ Positivismo, empirismo, estructuralismo, pragmatismo, materialismo dialéctico, etcétera. Véase Rodríguez, Cepeda y Bartola, Pablo, *Metodología jurídica*, México, Oxford University Press, 1999.

⁵ Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, México, Porrúa, 1999, p. 192.

⁶ “Cuando se trata de una empresa intelectual tan heterogénea y variable con objetivos múltiples y difusos, cuyo objeto de estudio no puede ser reducido a un plano normativo únicamente, porque al fin y al cabo estamos pretendiendo moldear cierta actividad que tiene que haber surgido como resultado de exigencias y factores del contexto social en el que se desarrolla y en el que debería tener repercusiones de variada índole en ese mismo contexto; parece tonto aspirar a marcar pautas acerca de cómo debiera encararse esa actividad sin una adecuada percepción sociológica, y es más tonto prescribir que los juristas deberían hacer esto o lo otro cuando nadie está impedido de ensayar un tipo de labor teórica frente al derecho, diferente a la que actualmente se desarrolla. Estas dificultades no resultan aligeradas por los pocos ensayos filosóficos que se han producido en torno a la metodología de la actividad teórica acerca del derecho. Estos ensayos adoptan un enfoque diferente al que uno esperaría en trabajos de esta índole: en lugar de ofrecer una reconstrucción racional de la metodología apropiada a una empresa intelectual que satisfaga las funciones y los objetivos de la actividad teórica de los juristas, parten de ciertos presupuestos acerca de las exigencias que una actividad científica debe satisfacer y construyen modelos de una ciencia referida al derecho que se atenga a esos cánones, sin examinar si esos modelos pueden materializarse en una actividad que responda a las expectativas que se tiene respecto de la labor de los juristas o si la actividad resultante tendría una relevancia social o intelectual que justifique ocuparse de ella”. Nino, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de “ciencia jurídica”*, México, Fontamara, pp. 10 y 11.

⁷ Barrera Morales, Marcos Fidel, *Líneas de investigación en metodología de la investigación holística*, Caracas, Sypal, 2001.

II. EL DERECHO COMO OBJETO DE INVESTIGACIÓN

Para intentar proponer un paradigma integrativo para la investigación jurídica, se hace indispensable describir los parámetros que han orientado la llamada investigación jurídica.⁸

No intentamos resolver aquí las irónicas interrogantes de Kant, referidas a la definición del concepto de derecho que por siglos ha ocupado a los juristas.⁹ Sólo describiremos al fenómeno jurídico, como un instrumento de control social compuesto por normas (leyes) que rigen temporal y espacialmente hechos, sujetos y valores, convergiendo un conjunto de saberes jurídicos, en su generación, aplicación, interpretación y sanción. Por ello, tiene razón Atienza cuando expresa: “El derecho, en cuanto fenómeno social e histórico, es evidentemente una obra humana, pero que en cierto sentido adquiere vida propia”.¹⁰

De este conjunto de saberes jurídicos, que Miguel Reale los intenta articular en su concepción tridimensional del derecho,¹¹ la dogmática jurídica es y ha sido la hegemónica en la tarea de la investigación jurídica, pues se ha identificado con la visión formalista-positivista. Visión que considera al derecho como un conjunto de normas que integran un sistema coherente e integrado, exento de lagunas y antinomias; como una estructura autónoma, un objeto dado que debe ser conocido dentro de los parámetros del sistema, un modelo que distingue lo jurídico de lo no jurídico, como una forma (generalmente constante), de un contenido (generalmente variable), donde un hecho es jurídico, cuando una norma le atribuye tales o cuales consecuencias de derecho.

Dentro de este paradigma, considerado como una forma de abocarse al estudio del derecho, el “positivista”, según Bobbio:

Es el que adopta, frente al derecho, una actitud no valorada o estimativa, y para distinguir un precepto jurídico de otro, se basa exclusivamente en datos verificables (por ejemplo el de que los preceptos de la

⁸ Witker, Jorge, *La investigación jurídica*, México, McGraw-Hill, 1994, p. 18.

⁹ Robles, Gregorio, *Epistemología y derecho*, Madrid, Pirámides, 1982, p. 32.

¹⁰ Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, México, Fontana, 1998, p. 23.

¹¹ Reale, Miguel, *Fundamentos del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1976.

primera especie provengan de determinados “órganos” que, al formularlos, se ajustan a procedimientos preestablecidos y el de que esas normas sean efectivamente observadas, durante un cierto tiempo, por determinado grupo social). La mentalidad positivista, asevera Bobbio, no incluye en la definición de derecho consideraciones de tipo teleológico, como la de que éste para ser tal, deba realizar la justicia, la libertad o el bien común.¹²

Lo que interesa es analizar el derecho “que es”, y no el derecho “que debiera ser”, el derecho que es válido y por tanto vigente.¹³

En este contexto, el investigador sólo deduce y realiza una tarea mecánica, pues el formalismo antepone la interpretación lógico-sistemática a la histórica-teleológica, describe la realidad neutralmente, como un objeto previamente dado. Su utilidad se centra en la sistematización de las normas jurídicas positivas para facilitar la interpretación y aplicación del derecho.¹⁴

La proposición de la dogmática jurídica se plantea desde un punto de vista interno o normativo. Por ello, según Bobbio, la dogmática jurídica, dentro de este paradigma, es triplemente normativa: *a)* Objeto, *b)* Método y *c)* Función. Así el objeto lo constituyen las fuentes formales y sus significados; el método, la hermenéutica en su interpretación y aplicación, y la función referida a los efectos que la interpretación-aplicación de las normas tiene sobre la realidad social.¹⁵

Hans Kelsen, autor de su teoría pura del derecho, resume en estos términos al paradigma formalista-positivista:

En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, se encuentra —menos evidente— incluida la afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho lo constituye las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que es

¹² García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Fontamara, 1993, p. 10.

¹³ Esta visión ha sido objeto de múltiples críticas, una de ella realizada por Joseph Raz, quien integra el elemento valorativo. Véase Touri, Kaarlo, *Positivismo crítico y derecho moderno*, México, Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1998.

¹⁴ Witker, Jorge, *op. cit.*, nota 8, p. 82.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Venengo, México, UNAM, 1983, p. 83.

tá determinada en las normas jurídicas como condición o efecto; en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas.¹⁶

Es el principio de imputación y no de causalidad.

En síntesis, las investigaciones dogmático-jurídicas apuntan a lo siguiente: su objeto lo constituye el orden jurídico del presente o del pasado. Lo investigado es la norma jurídica en su contenido dispositivo abstracto. Su fin es la determinación del contenido normativo del orden jurídico en el contexto de validez. Sus fuentes: las normas jurídicas positivas, la historia de su establecimiento, la interpretación y aplicación judicial.¹⁷

En efecto, en otra perspectiva del derecho, las investigaciones socio-jurídicas encuentran sustento parcialmente en la escuela del realismo jurídico, que enfatiza sobre todo la versión americana del derecho “como una práctica social, como un fenómeno esencialmente fluido: digamos el derecho *in fieri*, más bien que el derecho formalmente establecido; y subraya, por tanto, el carácter instrumental de derecho: en esa tradición, el derecho es, sobre todo, un medio de construcción social, ingeniería social”.¹⁸ El derecho vigente es en esta escuela, el derecho que efectivamente se aplica:

Ross parte de la siguiente hipótesis: un sistema de normas puede fungir como un esquema de interpretación de un conjunto correspondiente de acciones sociales. Esa capacidad del sistema de fungir como un esquema interpretativo, se basa en un hecho, el de que sus normas sean efectivamente observadas, en la medida en que los destinatarios se sientan vinculados por ellas.

...los preceptos jurídicos son, en último análisis, normas que determinan en que condiciones puede hacerse uso del poder coactivo estatal o dicho, en forma más sencilla, normas para la regulación de la fuerza, de ahí se sigue que los fenómenos jurídicos, como “equivalentes” de las normas, no son otra cosa que la resolución de los tribunales. Un sistema jurídico nacional puede, de acuerdo con esto, ser defi-

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Witker, Jorge, *op. cit.*, nota 8, p. 66.

¹⁸ Aienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisprudencia y argumentación en el estado constitucional de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 38.

nido como el conjunto de directivas que los jueces consideran socialmente vinculantes, razón por la cual las aplican.

Solo los fenómenos jurídicos en sentido estricto, los de aplicación del derecho por los jueces, resultan decisivos para determinar la “vigencia” de las normas aplicadas.¹⁹

El formalista-positivista, como el realismo jurídico, parte del “derecho que es”, del “derecho real”, y no del derecho ideal o del derecho que debiera ser”, por ser el punto de partida más oportuno o conveniente para elaborar ciencia jurídica o teoría general de derecho.²⁰

Dentro de este tipo de investigaciones relativas al realismo jurídico como una forma de abordar el estudio del derecho, el dogmático jurídico desempeña un papel más activo, que no se identifica con la simple tarea deductiva, como consecuencia de la utilización del silogismo jurídico:

A diferencia del positivismo normativista, Ross tiene una visión más amplia, más fluida del derecho. Concede gran importancia al derecho no establecido por las autoridades y destaca, en particular, el papel de lo que llama “tradicón de cultura” (que consiste básicamente en un conjunto de valoraciones) en cuanto fuente del derecho que puede ser el elemento fundamental que inspira al juez al formular la regla en que basa su decisión. Igualmente, a propósito de la interpretación o del método jurídico (los principios o reglas que realmente guían a los tribunales en tránsito de la regla general a la decisión particular, remarca la importancia de los elementos valorativos, esto es, no cognoscitivos (frente a la concepción tradicional) y defiende también (ahora frente a Kelsen) que el jurista (quien elabora la dogmática jurídica), no puede abstenerse de valorar, elegir y decidir.²¹

Con fundamento en el realismo jurídico como una forma de abordar al estudio del derecho, sus fuentes de información son las realidades sociales impetradas o reguladas por las normas jurídicas, evaluando acatamientos, obediencia, desacato o violaciones. Se toma en cuenta también los fines que presidieron la expedición de la norma y

¹⁹ García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, p. 77.

²⁰ Véase Nino, Carlos S., *op. cit.*, nota 6.

²¹ Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 18, p. 44.

problemas que pretendió resolver; en otras palabras, la aplicación efectiva de la norma en el terreno de la realidad concreta.

Sus métodos quedan determinados por la naturaleza y contenido de las fuentes de información, y por las posibilidades que ofrecen la ciencia y la técnica, para las investigaciones de campo y empírica.

En efecto, en la construcción de la realidad social participan múltiples factores, uno de los cuales es el derecho. El derecho incide en la construcción de la realidad cuando agota un ciclo que inicia con la existencia del texto jurídico positivo, continúan con el procesamiento de este insumo cognitivo por parte de los sujetos cognoscentes, da lugar a determinados estados psicológicos, y culmina con la conducta social realizada sobre la base de los estados referidos en los términos prescritos por la norma. Esta conducta social es la conducta jurídica. Así norma y realidad social son articulaciones y sinergias inseparables.²²

Una tercera vía de abordar investigaciones jurídicas estaría dada por las investigaciones deontológicas o axiológicas del derecho, que apuntan a plantear normas jurídicas o instituciones jurídicas con base en valores socialmente necesarios frente a otras de perfil privado especulativos, por ejemplo, una norma que protege a los animales experimentales, como ensayo en pruebas de fármacos o tratamientos con el fin de encontrar la cura de las múltiples enfermedades que aquejan a los seres humanos. En tal hipótesis, estamos ante valores jerárquicamente distintos, aparentemente contradictorios.²³

Las investigaciones deontológicas o axiológicas se fundamentan parcialmente en las concepciones iusnaturalistas del derecho, en las cuales una norma es válida, atendiendo a su contenido y no a requisitos extrínsecos como en el caso del positivismo. Contenido que es valorado atendiendo a cuestiones metajurídicas: religiosas, racionales, biológicas, físicas, etcétera.²⁴

²² Cáceres Nieto, Enrique, "Psicología y constructivismo jurídico: apuntes para una transición paradigmática interdisciplinaria", Documento de Trabajo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 1.

²³ Latorre, Ángel, *Introducción al derecho*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 156.

²⁴ Elemento valorativo que Joseph Raz introduce en su crítica a la teoría pura del derecho de Kelsen. Véase Nino, Carlos S., *op cit.*, nota 6, pp. 19-38.

En este tipo de investigaciones, el dogmático tiene un amplio campo de decisión e interpretación, pues en este caso, no sólo se basa en normas, hechos sociales concretos, sino en una serie de valores, fundamentado en cuestiones no jurídicas, en el sentido formalista-positivista, que pueden estar determinados por lo que algunas corrientes iusnaturalistas han señalado como origen del derecho:

- La “naturaleza”, como fundamento del derecho, es lo que existe por sí, independientemente de nuestra obra y nuestro querer. Puede tratarse por ejemplo de nuestro orden físico o biológico, creador de las desigualdades que permiten a los fuertes imponerse a los más débiles... o, por otra parte de ciertos rasgos o características comunes, biológicas, psicológicas, sociales, etcétera, del ser humano, en las que deben buscarse el origen y raíz del derecho natural.
- El fundamento del derecho, no es la naturaleza física o biológica, ni la psicológica o social del individuo humano, sino la del creador del universo, a través de cuyas leyes se manifiesta su inteligencia y su arbitrio.
- Concebir al derecho natural como un modelo o paradigma de los ordenamientos positivos.
- Buscar el fundamento del derecho natural en un principio racional. La máxima “hay que vivir de acuerdo con la naturaleza” significa para los estoicos, “vivir de acuerdo con la razón”.
- Una de las corrientes más originales del iusnaturalismo contemporáneo está constituida por las doctrinas que buscan el fundamento del derecho en la llamada “naturaleza de las cosas”. Por tal debe entenderse, según la definición que Eric Wolf propone: “el orden o estructura que necesariamente corresponde a cada ente de acuerdo a su determinación o su tarea”.²⁵

Como vemos, los tres paradigmas vigentes en la investigación jurídica actual son antitéticos, bajo la concepción binaria-excluyente que

²⁵ García Máñez, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, pp. 114-124.

plantean las metodologías de la investigación del derecho tradicional.²⁶

Una concepción integrativa del derecho, vía el sintagma gnoseológico del método holístico, podría situar al derecho en el campo de la ciencias sociales, e incluso abrirlo a la inter y transdisciplinariedad.²⁷

III. GLOBALIZACIÓN Y DERECHO

Una de las características del nuevo milenio es que los asuntos nacionales se vuelven cada vez más globales y que los Estados-nación ven disminuir sus jurisdicciones y sus facultades.²⁸ Así, la globalización económica permea los mercados, en sus aspectos productivos, comerciales y financieros, atravesando los Estados nacionales. Al respecto un autor expresa: “La ingobernabilidad sistémica es una de las demostraciones más contundentes e inequívocas de la pérdida por la parte del Estado de capacidad normativa de gestión, promoción, control, dirección y planificación de los sistemas económicos, social y político”.²⁹

En este contexto, el derecho y su vertiente básica, la dogmática jurídica, percibe una creciente desintegración de sus normativas en la sociedad. La economía se globaliza y responde a dinámicas exógenas,³⁰ mientras el Estado y su instrumental de regulaciones se muestran inconsistentes y erosionados para abordar y orientar a los agentes privados, que a través del mercado asumen decisiones autónomas de localización de inversiones, empleos, salarios y precios, etcétera.

Dos son las vertientes generadoras, en parte de este pluralismo jurídico, que disputa al derecho positivo territorial estatal la hegemonía o predominio: *a)* El derecho internacional a través del cual proliferan los tratados comerciales multilaterales y regionales, y *b)* Un incipiente

²⁶ Sánchez Vázquez, *op. cit.*, nota 5, p. 175.

²⁷ Hurtado de Barrera, Jacqueline, *Metodología de la investigación holística*, 3a. ed., Caracas, Sypal, 2000, p. 92.

²⁸ López-Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, México, UNAM, 1997, p. 28.

²⁹ Faría, José Eduardo, *El derecho en la economía global*, Trotta, p. 116.

³⁰ Véase De Venaza, Augusto, *Globalización y corporación, el orden social en el siglo XXI*, Anthropos.

derecho de la producción, generado en el ámbito de los conglomerados transnacionales, y que en la vía mercantil comienza a configurar una nueva *lex mercatoria*.³¹

Estos factores fragmentan la racionalidad formal y material de la dogmática jurídica e introduce un derecho plural, flexible, pragmático y relacional, que nada tiene que ver con los paradigmas de abstracción, generalidad e impersonalidad de los derechos positivos tradicionales.

En efecto, los instrumentos jurídicos, con pretensión de validez *erga omnes*, permitido/prohibido/legal/ilegal, público/privado, constitucional/inconstitucional son binarios demasiado simples para regular las multifacéticas relaciones que surgen de los contextos empresariales globalizados actuales.³²

La complejidad de un derecho globalizado adicional al pluralismo legal, debe tener presente el derecho de la producción con alcance transnacional, la *lex mercatoria*, el derecho positivo nacional, y el derecho internacional producido por los Estados y organismos multilaterales.³³

En síntesis, estamos en presencia de innovaciones e impactos estratégicos que la globalidad provoca en los paradigmas estructurales del derecho positivo tradicional y su dogmática jurídica de una racionalidad cuestionada.³⁴

IV. HACIA UNA CONCEPCIÓN INTEGRATIVA (HOLÍSTICA) DEL DERECHO

Una visión integrativa u holística del derecho debe partir de comprender el fenómeno jurídico como *un todo*, es decir, relacionar norma, hecho social e intereses tutelados, presentes en el hombre y su

³¹ Faría, José Eduardo, *op. cit.*, nota 29, p. 114.

³² *Ibidem*, p. 155.

³³ Vachon, Robert, "L'Etude du pluralisme Juridique: une approche diatopique et dialogtale", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, núm. 29, 1990, pp. 163-173.

³⁴ Zemelman, Hugo, *Conocimiento y sujetos sociales*, Jornadas-El Colegio de México, 1997.

entorno ecológico, entendiendo por ecológico una postura ante la vida que busca incluir todas las expresiones de la naturaleza.³⁵

Se trata de intentar desprenderse del “ontologismo sustancialista”, propio tanto de la doctrina del derecho natural como del positivismo jurídico. Ambas posiciones, a pesar de ser antagónicas, desde el punto de vista epistemológico, se sitúan en el mismo nivel ontologista, es decir, concebir el derecho como sustancia o realidad dada de antemano. Así, para los iusnaturalistas dicha realidad sustancial es un objeto ideal, el llamado derecho natural; a su vez para los positivistas la sustancia es un objeto existencial, el derecho positivo, creado por los hombres, producto de su voluntad colectiva socio-estatal.³⁶

Estas dos concepciones son antagónicas, precisamente, porque tienen en común situarse en el plano de la ontología de las realidades, adoptando un esquema sustancialista. Si no se mantuvieran en este nivel común no serían contradictorias. Su contradicción no radica sino en que, situándose en el mismo nivel, adoptan posiciones contradictorias respecto de cómo investigar o conocer el objeto jurídico.³⁷

Así, el derecho es algo que no existe “por sí” como lo entiende ambas concepciones. No es algo que “esta ahí”, intocable e inmutable. El derecho es algo que se hace; la norma sola, sin su aplicación en la realidad social no constituye derecho.

Es más, así la visión holística busca responder respecto a un objeto o institución jurídica específicos a preguntas tales: ¿cómo?, ¿por qué?, ¿para qué?, ¿quién?, ¿cuándo?, ¿dónde?, interrogantes que superan con creces las limitaciones de las investigaciones jurídicas dogmáticas tradicionales.

En esta misma línea argumentativa, Edgar Morín alude a la integralidad holística de la disciplina científica, mediante el desarrollo de lo que él denomina el pensamiento complejo, cuyos paradigmas rectores se resumen así:

³⁵ Es lo que algunos llaman ecología de la acción. Véase Vilar, Sergio, *Nueva racionalidad*, Barcelona, España, Kairós.

³⁶ Kaufmann, Arthur y Hassemer, Winfried, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, p. 14.

³⁷ *Ibidem*, p. 15.

Complexus significa en su origen lo que es tejido junto. El pensamiento complejo es un pensamiento que busca a la vez distinguir (pero no disminuir), y a unir. Así, el propósito es... contextualizar y globalizar... el principio sistemático (del inglés *systemic*) u organizacional, que une el conocimiento de las partes al conocimiento del todo, según el ir y venir indicado por Pascal: considero imposible conocer el todo sin conocer las partes y conocer las partes sin conocer el todo.³⁸

En el ámbito del derecho propiamente tal, varios autores han remarcado la interdependencia integrativa de las variables que intervienen en los fenómenos jurídicos.³⁹

Ahora bien, esta visión totalizadora y holística del fenómeno jurídico, encuentra además antecedentes en las teorías sistémicas del Niklas Luhmann y las concepciones tridimensionales de Miguel Reale, sin desconocer los aportes de los sistemas jurídicos anglosajones. Las investigaciones empíricas del derecho, si bien abordan los aspectos de la eficacia y función de las normas jurídicas, omiten las formulaciones generales y abstractas que dan sustancia y fijeza a los ordenamientos jurídicos.

Un aporte significativo que los juristas podemos encontrar en la metodología integrativa-holística, es que superamos el mundo preconstituido, preexistente de las normas jurídicas ya hechas y consagradas por el legislador, y que no admiten mutación, no obstante que la historia social demuestra que lo único constante es la transformación. “Así para ello, el derecho no se preocupa ni ocupa de actos humanos, sino de normas”.⁴⁰

Una recreación holística del fenómeno jurídico, basado en la transformación, dinamismo y mutación de toda sociedad, debería contemplar, entre otras, algunas premisas convergentes:

1. La regulación jurídica de una conducta social no se puede concebir en una sola disposición jurídica, sino que ello generalmente se realiza mediante una sistematización armónica en diversos ordenamientos y con la integración de elementos inter y transdisciplinarios

³⁸ Morín, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Gedisa, 1994.

³⁹ Véase, entre otros, a Hernández Gil, Recaséns-Siches, López Calera, Eduardo Novoa, Holmes, O. W., Capella, Eros Roberto Grau, etcétera.

⁴⁰ Sánchez-Mazas, Miguel, “Lógica, sistemas normativos y modelos aritméticos”, *Informática y Diritto*, Roma, núm. 2, 1983.

que participan en la generación, aplicación, interpretación y sanción de las normas jurídicas.⁴¹

Lo anterior es tan evidente, que en disciplinas de fuerte raigambre legalista como el derecho penal, la sola descripción de los tipos en las conductas delincuenciales no es suficiente para registrar, explicar o comparar las conductas ilícitas a sancionar.⁴²

Sin embargo, el delito es un fenómeno social de mayor complejidad que reclama de un estudio multidisciplinario, más allá de la tradición positiva-formalista descriptiva de normas. Las conductas penalmente tipificadas denotan entidades complejas que deben ser confrontadas ópticamente. Por ello, otras disciplinas del conocimiento se han ido en busca de su explicación, como la criminología, la antropología social y particularmente la sociología criminal. A éstas no les interesa mucho conocer cómo define el Código Penal el delito.⁴³

Por otro lado, al jurista le interesa describir los diversos tipos penales y los procedimientos para la individualización de las sanciones, y acaso su ejecución, pero no se ocupa de identificar la forma en que opera el sistema penal en general, los procesos sociales que impulsan la creación —y en su caso la despenalización— y la aplicación de las normas penales.

De este modo, las disciplinas explicativas como la criminología y la sociología jurídica incorporan otros enfoques de análisis del mismo fenómeno delictivo que generalmente desconoce el jurista.⁴⁴

Al efecto, consideramos que el derecho encuentra justificación sí y sólo sí resuelve la problemática social que enfrenta, para lo cual el jurista ha de ubicar a la norma jurídica en contacto con la realidad social, estableciendo una relación de eficacia y no sólo de validez formal.

⁴¹ Rebolledo Herrera, Óscar, “integralidad del derecho”, *Revista Jurídica*, México, Tribunal de Justicia del Estado de Tabasco, núm. 31, 2001, p. 21.

⁴² Ortiz Ortiz, Serafin, “Más allá de las reticencias, el encuentro del derecho con la realidad social”, *Revista IUS*, México, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2002, p. 137.

⁴³ *Ibidem*, p. 141.

⁴⁴ Bergalli, “La perspectiva social en los estudios y la enseñanza del derecho”, *Educación y Control*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, núm. 1-1998, 1988, p. 196.

“Se trata de comprender la vinculación de la ley y el poder, de su imbricación en lo económico, social, cultural, político, es decir, en los datos de realidad que, hasta hoy, se tratan de aislar de cualquier análisis jurídico”.⁴⁵ En suma, de unir lo normativo con el contexto de la realidad social total.

2. Una determinada norma jurídica no se ocupa de un mandamiento o institución específica en un solo capítulo, sección o apartado, sino que en caso de ser necesario se reglamentará en diversas partes de la propia disposición, inclusive fuera del apartado reservado para dicho tema. Esta premisa cobra vigencia en los tratados de libre comercio con ocasión de los principios de trato nacional, cláusula de nación más favorecida y transparencia, que se encuentran implícitos en diversos capítulos e incluso en anexos.

Con base en lo anterior, un análisis integrativo del derecho determina que todo mandato legal u orden jurídico se integra de varios elementos que en su conjunto lo conforman como tal, es decir, uno solo de ellos en lo individual, no configura un mandamiento jurídico o de derecho, tales elementos serían por ejemplo:

a) Elemento material: Éste se constituye por la materia u objeto regulado jurídicamente, es decir, la tipificación de las conductas elementales o las medidas tendientes a la regulación multilateral del comercio internacional, la protección de los delfines, el combate al narcotráfico que se conviene por los países celebrantes y que se plasma como contenido en los tratados internacionales correspondientes.⁴⁶

b) Elemento orgánico: Éste tiene como función el estudio de las estructuras orgánicas que se encargarán de realizar la ejecución del elemento anterior, así como de asegurar y vigilar su cumplimiento; es decir, se contempla quien ejerza las llamadas funciones de policía, en este caso tendríamos a las organizaciones internacionales, encargadas de la sanción.

c) Elemento punitivo: Éste constituye uno de los elementos más visibles del ordenamiento jurídico, de hecho en la teoría clásica se le considera como sinónimo de derecho, sanción la cual tiene como propósito establecer las infracciones y las sanciones que se aplican

⁴⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “La ideología de la legislación penal mexicana”, *Revista Justicia*, México, PGR, 2o. bimestre, abril de 1985.

⁴⁶ Rebolledo, *op. cit.*, nota 41, p. 23.

cuando no se cumpla o viole el elemento material o cedan las hipótesis normativas de la letra.

d) Elemento procesal: Éste tiene a su cargo el establecimiento y regulación de los medios de defensa aplicables a la materia correspondiente, que asegura en todo momento el derecho de audiencia; es decir, a ser oídos y vencidos en juicio, en los casos en que se considere que el elemento orgánico a cargo de la norma jurídica (material) actúa de manera incorrecta.

A estos cuatro elementos debe sumarse el contexto regional, nacional e internacional donde operan las normas, procedimientos e instituciones y organizaciones jurídicas, que integralmente conforman el fenómeno jurídico, como expresión de lo que Recaséns Siches llamó “el derecho como vida humana objetivada”.⁴⁷

V. INVESTIGACIÓN HOLÍSTICA APLICADA AL DERECHO

Las reflexiones precedentes sirven para evidenciar que la dogmática jurídica es el paradigma dominante en las investigaciones jurídicas latinoamericanas; y en consecuencia, es excluyente; así rechaza todo elemento que no encaja dentro de su lógica. En dicho enfoque, el fenómeno normativo tiende a anular o desconocer las visiones que resultan contrarias a su concepción positivista-formalista.⁴⁸

Un paradigma integrativo del derecho debe superar la norma legislada formalmente vigente y empaparse de la norma vivida en la sociedad: la norma hecha conducta, la norma eficaz. La incorporación del contexto, la articulación vigencia-validez-eficacia; los valores e intereses protegidos: la aplicación y los órganos jurisdiccionales, conforman el paradigma holístico que no rechaza ni excluye el estudio exegético de las normas, sino que lo integra y subsume como una vertiente más.

El paradigma integrativo rescata un hecho que históricamente ha ocupado a los juristas. El objeto del conocimiento jurídico es complejo, de tal suerte que su método de abordaje también debe ser com-

⁴⁷ Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, 10a. ed., México, Siglo XXI, 1998.

⁴⁸ Barrera Morales, Marcos Fidel, *Hologogía*, Caracas, Sypal, 2001.

plejo y no puede quedar reducido al positivismo formalista que lo segmenta y separa de las relaciones sociales concretas. El contexto social en donde opera el fenómeno jurídico es continente que colorea y da sustancia al contenido normativo específico.⁴⁹

Una visión integrativa del derecho, en consecuencia, nos dirige a pensar que el proceso de la investigación jurídica está conformado por ambos paradigmas. En efecto, si asumimos el paradigma positivista-formalista como exclusivo, toda la labor de articular teorías, descripciones, explicaciones y estudios prospectivos quedarían descartados, pues se privilegiarían los elementos lógicos de vigencia y validez, segmentadamente.

Por el contrario, si se considera que sólo es válido el paradigma socio-jurídico (eficacia) para investigar el derecho, omitiendo los argumentos de vigencia y validez, a su vez, también estaríamos segmentando el fenómeno jurídico de su aspecto dogmático-exegético.

La integración de ambos paradigmas sólo puede conciliarse mediante una concepción holística, pues permite ubicar en una metodología indagativa ambas propuestas epistémicas en un esquema coherente y aplicable a cualquier problema jurídico-institucional. Se trata de un proceso continuo metodológico espacio temporal coherente.

En efecto, el sintagma constituye, en una investigación jurídica integrativa, el marco de relaciones que articula eventos en un todo con sentido unitario, abstraído de una globalidad mayor, y en el cual cada uno de los eventos tiene valor por la relación con los otros eventos del holos.⁵⁰

Así, por ejemplo, en un tema-problema jurídico relacionado con los efectos jurídicos de la clonación humana, el sintagma gnoseológico debería compendiar un desarrollo organizado y sistemático de la clonación como fenómeno biológico-genético, ético-religioso, social, antropológico y lógicamente jurídico, tanto a nivel de legislación nacional como internacional y comparada. Con estos elementos (antecedentes, ideas, conceptos, teorías, etcétera), el investigador procede a

⁴⁹ Hurtado de Barrera, Jacqueline, *Las tendencias holísticas propician un mundo más humano y libre de dependencias ideológicas*, 12a. ed., Caracas, Medio Internacional, 2001, p. 17.

⁵⁰ Hurtado de Barrera, Jacqueline, *Metodología de la investigación holística*, Caracas, Sypal, 2000, p. 93.

sustentar el tipo de investigación y comprender la perspectiva o enfoque desde el cual parte e interpretará sus resultados.

Con ello la investigación confirma el marco teórico y las bases hermenéuticas y metodológicas en las que se da la integración del conocimiento. En otras palabras, en este momento, el investigador incorpora todo lo que se ha escrito y publicado en materia de clonación humana (estado del arte de la temática) para luego incorporar los elementos regulatorios reales o que cubren los diversos aspectos que la clonación encierra, en relación al derecho, en sus vertientes de derecho familiar, sucesorio, penal y de garantías individuales.

En nuestro ejemplo, el sintagma gnoseológico sobre aspectos jurídicos de la clonación humana deberá incluir todas las variables humanas, sociales, éticas, antropológicas, etcétera, en un marco jurídico existente (permisivo o prohibitivo) e incluso visualizar un marco legal probable (investigación predictiva) o deseable (investigación jurídica proyectiva).

Así, con la pregunta o enunciado holopráxico y con el sintagma gnoseológico, deberíamos proceder a elaborar el holograma de la investigación, es decir, un diseño que nos permita construir una ruta crítica —cronograma— que nos oriente a definir claramente el objetivo y nivel de la investigación que comentamos.⁵¹

Respecto a nuestro tema, creemos que el nivel será perceptual y de tipo exploratorio, y que nuestro objetivo será indagar y registrar lo que en este minuto existe en materia jurídica referida a clonación humana.

La investigación jurídica integrativa, es decir, un fenómeno socio-jurídico, en el enfoque holístico, es considerado como una totalidad única de vertientes que se combinan o entrecruzan. Por ello se dice que la investigación es un proceso *continuo* que apunta a abordar una totalidad para llegar a un grado de conocimiento, pero el proceso mismo de la investigación no tiene etapas ni divisiones; es por ello que lo normativo-formalista y lo sociológico son caras del mismo fenómeno.

⁵¹ *Ibidem*, p. 58.

Por tanto, registrar el estado del arte del tema-problema a nivel perceptual (exploratorio) es lógico, pues estamos ante un tema recién planteado a la genética y al derecho.

En este contexto, el siguiente cuadro de la maestra Hurtado nos grafica los objetivos y tipos de investigación que aplicados al campo de la investigación jurídica es posible plantear.⁵²

<i>Nivel</i>	<i>Objetivo</i>	<i>Holotipo</i>
Perceptual	Explorar	Investigación exploratoria
	Describir	Investigación descriptiva
Aprehensivo	Comparar	Investigación comparativa
	Analizar	Investigación analítica
Comprensivo	Explicar	Investigación explicativa
	Predecir	Investigación predictiva
	Proponer	Investigación proyectiva
Integrativo	Modificar	Investigación interactiva
	Confirmar	Investigación confirmatoria
	Evaluar	Investigación evaluativa

Para concretizar lo anteriormente descrito, pasamos ahora a aplicar parte de dichos objetivos y tipologías a temas-problemas jurídicos específicos:

1. Investigación jurídica exploratoria (enunciado holopráxico)

El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) ¿será una zona de preferencias como Aladi o un mercado común como el Mercosur?

⁵² *Ibidem*, p. 20.

2. Investigación jurídica descriptiva (enunciado holopráxico)

Los paneles arbitrales del capítulo XIX del TLCAN: estructura y funciones.

3. Investigación jurídica comparativa (enunciado holopráxico)

Las compras gubernamentales en el capítulo X del TLCAN y el título III (artículo 4o.-6) del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos por la otra; semejanzas y diferencias.

4. Investigación jurídica analítica (enunciado holopráxico)

Los laudos arbitrales del capítulo XI del TLCAN que han implicado a México.

5. Investigación jurídica explicativa (enunciado holopráxico)

Los contratos de servicios múltiples de Pemex, a la luz de los artículos 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

6. Investigación jurídica predictiva (enunciado holopráxico)

El voto probable de los mexicanos en los EUA decidirá las elecciones del 2006 para la Presidencia de la República en México.

7. Investigación jurídica proyectiva (enunciado holopráxico)

La presidencia de Ignacio Lula Da Silva modificará las políticas públicas de la región a favor de lo social, e impactará las negociaciones del ALCA.

8. Investigación jurídica interactiva o investigación-acción (enunciado holopráxico)

En una comunidad agraria del estado de Puebla, entrevistar a las familias, en relación al matrimonio y situación legal de los hijos, con el fin de buscar la manera de pasar de la informalidad a la formalidad legal.

9. Investigación jurídica confirmatoria (enunciado holopráxico)

La desgravación arancelaria del capítulo VII del TLCAN constituye un factor socioeconómico negativo para la producción de alimentos en México.

10. Investigación jurídica evaluatoria (enunciado holopráxico)

El artículo 179 de la Ley de Desarrollo Rural sustentable calificó a 10 productos primarios básicos como estratégicos para la alimentación de los mexicanos. ¿Cómo la administración del presidente Fox apoyó a los productores agrícolas a partir del 2001?

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Los ejemplos precedentes y aplicados a diversos temas-problemas, abren un cúmulo de posibilidades al investigador jurídico imaginativo latinoamericano; sin embargo, en función del ciclo holístico, cualquier tema de los señalados puede ser estudiado ascendentemente en los niveles mencionados. Así, el investigador desde el enunciado holopráxico va a señalar objetivo y nivel, con lo cual las divagaciones, tan frecuentes en las elaboraciones de tesis de grado —por ejemplo—, se superan de antemano.

Por otra parte, el sintagma gnoseológico integra en uno o varios eventos los paradigmas formalista-normativista y sociologista-realista, articulando sinergias y relaciones que las investigaciones jurídicas dogmáticas tradicionales marginan y excluyen.

La metodología holística permite integrar las diversas vertientes que convergen en una institución o relación jurídica; forma y fondo,

ser-deber ser, estructura y función constituyen elementos que en sinergias creadoras pueden transformar la investigación jurídica en una herramienta teóricamente útil y socialmente comprometida con la justicia social que tanta falta hace en nuestras sociedades en proceso de desarrollo.

Las reflexiones precedentes, esencialmente provisorias, constituyen puntos de ruptura con el quehacer cerrado y rígido con que se desarrolla la investigación jurídica a nivel regional.

Superar el formalismo-positivista implica cambiar de paradigma o enfoque, visualizando al derecho como un fenómeno integral al servicio de la convivencia pacífica de los hombres. Se trata de propiciar una comprensión abierta, integradora y sintagmática de la realidad, en donde opera el derecho y sus diversas manifestaciones.