

Proyecto IDRC 92 - 8751  
- Colombia -

**LA INVESTIGACION EN EL CAMPO  
DEL DERECHO**

**JAIME GIRALDO  
Instituto SER**

**Bogotá, Abril de 1993**

## I N D I C E

1.	LA PROBLEMATICA DE LA INVESTIGACION JURIDICA . . . . .	1
2.	TALLER SOBRE LINEAS DE INVESTIGACION EN JUSTICIA . . . . .	3
3.	LAS LINEAS DE INVESTIGACION . . . . .	4
4.	RECURSOS HUMANOS . . . . .	6
A N E X O . . . . .		7
1.	LA INVESTIGACION EN LA JUSTICIA COLOMBIANA . . . . .	7
1.1	El estudio de las regulaciones normativas ha tenido a su vez dos variables, así: . . . . .	7
A.	Análisis jurídico de las normas . . . . .	7
B.	Críticas del ordenamiento jurídico . . . . .	7
1.2	El análisis empírico de la justicia se ha desenvuelto también en dos variables, así: . . . . .	7
A.	Estudios sociojurídicos . . . . .	7
B.	Estudios sobre el funcionamiento de la Justicia . . . . .	8
2.	SOBRE ESTA PLURALIDAD DE VERTIENTES INVESTIGATIVAS, SE FORMULAN LAS SIGUIENTES: . . . . .	8
BIBLIOGRAFIA . . . . .		9

## 1. LA PROBLEMATICA DE LA INVESTIGACION JURIDICA

Desde mediados del presente siglo se introdujo en las facultades de Derecho de nuestro país la concepción dogmática del Derecho, cuyo sistematizador fue Hans Kelsen, según la cual esta área del saber se circunscribe al conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad social en un Estado en un momento histórico determinado.

El Derecho a su vez constituye una unidad cerrada, conformada por normas de distinta jerarquía, en la cúspide de las cuales están las normas constitucionales, que son postulados políticos, a la manera de los imperativos categóricos del deber ser kantianos, y debajo de ellas las demás normas - leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos, y actos administrativos de carácter particular -, conformando una pirámide, dado el mayor número de normas que existen en los niveles inferiores.

El quehacer científico del jurista dentro de esta concepción se circunscribe a buscar la norma que regula un caso concreto, y a interpretarla en función de las normas de superior jerarquía, pues el Derecho es una totalidad inescindible, por lo que la legitimidad de una solución depende de su integración con la totalidad.

La regulación normativa se desenvuelve igualmente dentro de un proceso lógico deductivo, en donde se evalúa la legitimidad de la norma con base en juicios de validez, es decir, por su adecuación a los postulados superiores, salvo las normas constitucionales, que son la expresión de la voluntad política de quien detenta el poder.

Dentro de esta concepción no juegan ningún papel los juicios de eficacia, pues basta que la norma sea válida, para que esté legitimada. Lo que importa es, por ejemplo, que no se rompa el principio de separación de las Ramas del Poder Público, o el del debido proceso, independientemente que la norma tenga alguna eficacia dentro del mundo de la realidad empírica.

Dentro de esta perspectiva es obvio que no puede considerarse al Derecho como parte de las ciencias sociales. Pero hay otra concepción que concibe el Derecho como la expresión cultural de los pueblos, con representantes tan ilustres como Savigny y Geny.

Esta Escuela parte de la base de que toda sociedad persigue determinados fines políticos, para lo cual el hombre crea ciertos medios según las condiciones de tiempo, modo y lugar en donde se desenvuelve su actuar. Uno de tales medios es el Derecho, constituido por una serie de postulados políticos -que en el momento histórico actual constituyen el catálogo de derechos individuales, sociales y colectivos que integran los llamados derechos humanos-, y una multiplicidad de normas de carácter instrumental, las que por la naturaleza de tal, se deben definir

teniendo en cuenta las condiciones culturales, económicas y sociales del grupo humano al cual van dirigidas. Por eso la primera labor del jurista al formular el Derecho es la de aproximarse a esa realidad utilizando para ello los métodos de las ciencias sociales, para establecer las condiciones de viabilidad de la norma que se pretende expedir, y luego de expedida, volver sobre esta realidad para ver si se lograron o no los fines políticos perseguidos.

Dentro de esta concepción el Derecho es trascendente, en cuanto implica un deber ser, pero su posibilidad de concreción en hechos reales depende de las condiciones situacionales en que se deba realizar. La norma sólo se legitima en la medida en que alcance la meta perseguida. Como se ve, el juicio de validez se sustituye aquí por el de eficacia.

Esta concepción empírica del Derecho, desembarazada del causalismo ingenuo del Derecho Penal de principios del presente siglo, se está comenzando a imponer en el panorama jurídico actual, gracias al desarrollo del Derecho Económico, en donde han jugado un papel muy importante los economistas, quienes para sugerir la expedición de una norma para incentivar el comercio internacional, por ejemplo, comienzan por analizar las condiciones en que este mercado se desenvuelve.

Igualmente el legislador, a golpes de intuición, ha incorporado grandes problemas sociales a las regulaciones normativas, como ocurrió con la reforma agraria y el Derecho de Familia, en ocasiones sin mucho éxito, por falta de un análisis sistemático de la realidad que pretende regular.

Este enfoque es el que se desenvuelve en los Centros de Investigación como Fedesarrollo y el Instituto SER. En éste, por ejemplo, se hicieron una serie de estudios para determinar la eficacia de la organización administrativa de la Justicia, y de los procedimientos en las distintas áreas del Derecho, que culminaron con la descripción de los gravísimos problemas de congestión e impunidad. Por ejemplo, se establecieron tasas de retención de expedientes en los despachos penales del 75%, lo que estaba produciendo un acumulado de expedientes que superaba el millón y medio de procesos en trámite. Un número similar de expedientes retenidos se encontró en los despachos civiles del país. De tales estudios surgieron una serie de propuestas de cambios constitucionales y legales, muchos de las cuales fueron incorporados a la reforma constitucional de 1991, y a varios desarrollos de carácter legal.

Esta misma actitud se puso de presente en el Taller que se realizó para definir las líneas de acción en el campo de la Investigación en Justicia, como pasa a exponerse.

## 2. TALLER SOBRE LINEAS DE INVESTIGACION EN JUSTICIA.

El día 26 de marzo del presente año se reunieron en el Instituto SER de Investigación un grupo de profesionales, ligados de alguna manera al campo de la investigación en el Derecho, a intercambiar ideas sobre la problemática de esta área del quehacer científico, y sus perspectivas futuras en nuestro país. Fueron ellos: Doctores Patricia Rodríguez, Constanza Chacón, Oscar Flores y Jaime Giraldo, del Instituto SER; Alvaro Orlando Pérez, de la Universidad Santo Tomás; Rodrigo Uprimny, de la Comisión Andina de Juristas; Rodrigo Losada, de la Universidad Javeriana; Hernando Valencia Villa, del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Nacional; Carlos Gaviria, Magistrado de la Corte Constitucional; Zoraida Mendiwelso, del Centro de Investigaciones Jurídico Sociales de la Universidad de los Andes, y Jesús Antonio Muñoz Gómez, de la Asociación de Criminología "Alfonso Reyes Echandía".

Los temas analizados y las conclusiones en cada uno de ellos fueron las siguientes:

1. Hubo un consenso entre los participantes en que la Dogmática Jurídica es el mayor obstáculo a la investigación en este campo, pues la actividad en el Derecho se limita al manejo de las regulaciones normativas, eliminando todo contacto entre Derecho y realidad social, y limitando la justicia a la aplicación de las normas, es decir, a la pura técnica jurídica. Esta perspectiva del Derecho se reproduce estereotipadamente en las Facultades dedicadas a esta disciplina, que se limitan a la enseñanza de las instituciones jurídicas tanto sustantivas como procedimentales a partir de la normatividad que las regula, sin insertarlas dentro de la problemática social y cultural del país, y sin ninguna visión humanística de las mismas. Alguien dijo de manera gráfica que el problema grave de la investigación jurídica radicaba en que el Derecho era enseñado por Abogados.

A partir de estas reflexiones preliminares hubo consenso en considerar que el gran esfuerzo investigativo en el campo jurídico se debía orientar a restablecer ese contacto entre Derecho y realidad social, aunque sin desconocer los grandes movimientos teóricos que hay en el mundo acerca de las distintas instituciones que lo conforman.

Igualmente, que de la justicia se debe tener una concepción más sociológica, incorporando a ella no solo la justicia judicial, sino todas las formas de solución de conflictos que existen en la comunidad, por lo que el campo de investigación jurídica tiene que incluirlas de manera forzosa.

### 3. LAS LINEAS DE INVESTIGACION

Sobre este punto el moderador de la reunión había distribuido previamente el documento que se transcribe en el anexo, y que sirvió de punto de partida para la reflexión.

Los participantes estuvieron de acuerdo en considerar que en las cuatro áreas enunciadas en el documento se podrían encuadrar todas las investigaciones posibles en el campo del Derecho, aunque se sugirió la conveniencia de darle autonomía a una de contenido sociojurídico, relacionada con la investigación de las distintas formas de solución de conflictos que existen en la sociedad, y sus relaciones con los mecanismos formales consagrados en los ordenamientos jurídicos.

Adentrándose el grupo en el análisis de las líneas concretas a donde se debe orientar la investigación jurídica en nuestro país, se definieron los siguientes puntos:

1. Se debe dar prioridad al estudio de los distintos mecanismos sociales de solución de conflictos, sus relaciones con las regulaciones normativas sobre las mismas materias, y la forma de integrarlos mutuamente, para restablecer la participación de la comunidad en el proceso de administración judicial.

Estas investigaciones no sólo son necesarias porque hay una justicia social de muy amplia cobertura que la justicia formal ignora, sino porque así lo establece la reforma constitucional de 1991, cuando dispone que también administrarán justicia las autoridades administrativas, y los particulares a través de la conciliación, el arbitramento, y las decisiones en equidad de los jueces de paz. Igualmente cuando acepta la eficacia jurídica de las decisiones de las autoridades indígenas con relación a sus propios miembros, cuando no sean contrarias al orden jurídico nacional.

2. Se deben realizar una multiplicidad de estudios que sirvan de base a las reformas normativas que se vayan a adoptar.

Se reconoce que algo de esto ya existe, y que algunos Centros de Investigación han hecho aportes muy valiosos en la reforma de varias instituciones jurídicas, pero que constituye una práctica excepcional, pues la regla es encomendar a un grupo de personas, a veces inclusive sin experiencia jurídica, la elaboración de estatutos normativos. Por eso el Estado debería recurrir siempre a estos Centros, y a las Universidades, en búsqueda de un apoyo científico para las reformas que se vayan a introducir.

Por otra parte, las reformas no se deben quedar en lo puramente instrumental, sino que deben llegar a los aspectos sustantivos del Derecho, que hace muchos años no se revisan. Los problemas que genera la preeminencia de los derechos individuales, deben ser materia de honda reflexión.

3. Igualmente se deben realizar investigaciones para evaluar la eficacia de las reformas legales en el proceso de transformación social que se pretendió con ellas. En el país se han realizado muchas reformas, como la agraria, la de protección al menor y a la familia, reformas en todas las áreas del derecho penal, y en gran parte del derecho civil, sin que nadie sepa si con ellas se alcanzaron los fines políticos propuestos. Solo en el campo del Derecho Económico ha habido estudios importantes de este tipo, que deben servir de modelo para proyectarlos a todas las demás áreas del Derecho.

4. El país debe crear un sistema de indicadores que posibiliten la investigación en el campo de la justicia, tal como se tienen para los asuntos económicos. Es muy difícil, por ejemplo, determinar el número de homicidios cometidos en el país discriminados según su origen por falta de estos indicadores, lo que hace que se formulen hipótesis equivocadas. En este campo se le ha dado una trascendental importancia, por ejemplo, a la violencia política y del narcotráfico en el incremento de este delito, cuando los homicidios por esta causa escasamente llegan al 1% del total de homicidios en todo el país, que alcanzan a la alarmante cifra de 30.000 por año.

El Dane y la Policía Nacional recogen una información sobre los procesos que se adelantan en los despachos judiciales, pero no hay ningún indicador sobre las características culturales y socioeconómicas de las personas involucrados en los distintos procesos penales, civiles, laborales, etc., ni sobre las características de los fenómenos delictivos mismos, para poder formular hipótesis sobre su génesis.

Es por eso urgente definir unos indicadores básicos para el estudio de la problemática judicial en el país, y crear los mecanismos necesarios para recoger y publicar oportunamente la información.

4. Se debe también propiciar la realización de estudios coyunturales, como la distribución temporoespacial de la delincuencia en nuestro país, los efectos de los distintos mecanismos de control adoptados para combatirla, o el estudio concreto de fenómenos delictivos de gran impacto en la vida de la comunidad como el homicidio y el secuestro.

#### 4. RECURSOS HUMANOS

Con relación a este punto los participantes manifestaron lo siguiente:

1. Es necesario cambiar radicalmente los estudios del Derecho, para que las materias puramente normativas se enseñen al interior de una formación humanística integral, en donde se puedan comprender las instituciones jurídicas desde el punto de vista filosófico, sociológico, antropológico, histórico, etc.
2. Hay que robustecer los Centros de Investigación Sociojurídica que fueron creados por la ley en las facultades de derecho hace casi 20 años, y que tienen un funcionamiento muy precario, para que se integren docencia e investigación.
3. Se deben potenciar los recursos dedicados actualmente a la investigación jurídica, dándole el Estado una fuerte participación a los Centros de Investigación en los estudios previos para la expedición de normas, o para evaluar la eficacia de las mismas.
4. Se debe incentivar la investigación interdisciplinaria, exigiendo, por ejemplo, que en todo contrato para estudios jurídicos con el Estado deban participar equipos de profesionales expertos en otras áreas del conocimiento, como los campos culturales, económicos, técnicos y sociales involucrados en el mismo.
5. Se debe propiciar un intercambio continuo con investigadores de otros países en estas mismas disciplinas, para aprovechar la experiencia que en este campo haya en otras latitudes.

## A N E X O

### 1. LA INVESTIGACION EN LA JUSTICIA COLOMBIANA

En el campo de la justicia, la investigación se ha movido en dos sentidos: Por una parte se ha desarrollado en el análisis de las regulaciones normativas, y por otra, se ha orientado al estudio de los fenómenos empíricos que son objeto de dichas regulaciones normativas.

#### 1.1 El estudio de las regulaciones normativas ha tenido a su vez dos variables, así:

##### A. Análisis jurídico de las normas

Este análisis se encamina fundamentalmente a la determinación de las características de las instituciones jurídicas en los distintos ordenamientos legales, y de sus efectos en la esfera del Derecho, al estudio comparativo de dichas instituciones, y a la formulación de modificaciones de las mismas con base en dichos estudios.

##### B. Críticas del ordenamiento jurídico

Esta crítica se orienta a cuestionar la legitimidad de algunas instituciones del ordenamiento jurídico en función de determinados postulados políticos. Se considera, por ejemplo, que el sistema penitenciario es una expresión de dominación de la clase que ostenta el poder, y se predica la despenalización de las conductas en donde tal fenómeno se hace más protuberante.

#### 1.2 El análisis empírico de la justicia se ha desenvuelto también en dos variables, así:

##### A. Estudios sociojurídicos

Entre esta clase de estudios se encuentra el análisis de los factores que condicionan el comportamiento social que es relevante para el Derecho, como los que inciden en la formulación de grupos guerrilleros y pandillas juveniles, en el Derecho Penal, por

ejemplo, o en la incentivación para incrementar un determinado tipo de actividad económica, en el Derecho Financiero.

**B. Estudios sobre el funcionamiento de la Justicia**

Se orientan al análisis descriptivo de la administración de justicia, asumiendo como tal la organización existente, para determinar las disfunciones que pudiera tener (congestión, ineficiencia, burocratismo, etc.), y proponer medidas correctivas.

**2. SOBRE ESTA PLURALIDAD DE VERTIENTES INVESTIGATIVAS, SE FORMULAN LAS SIGUIENTES:**

- a. Cuáles de estos tipos de investigación ha tenido mayor desarrollo en el país, y por qué?
- b. Cuáles de estos tipos de investigación debe priorizar el país hacia el futuro y por qué?
- c. Dentro de cada tipo de investigación, qué líneas concretas se deben estimular?
- d. Qué líneas de financiación tiene el país para atender las líneas que usted considera se deben estimular?
- e. Cuenta el país con recursos humanos calificados para adelantar el tipo de investigación que en su concepto requiere el país?
- f. Si no hay recursos humanos suficientes, cómo podría lograrse la calificación del personal necesario?

**BIBLIOGRAFIA**

Giraldo, J. Reforma Constitucional de la Justicia, Bogotá, Librería el Profesional, 1991. Tiene una relación amplia de los distintos trabajos empíricos sobre la justicia colombiana.

Kelsen, H. Teoría General del Derecho y del Estado. México, Imprenta Universitaria, 1958.

Savigny, F. La Escuela Histórica del Derecho. Madrid, 1908.