

# ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO QUE SE DEBERÍAN CONSIDERAR EN LOS ALBORES DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

**Jorge Bertrand Tisné Niemann**

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Magíster en Investigación Jurídica por la  
Universidad de los Andes. Estudios de posgrado financiados por Conicyt:

CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2014-21140097

[jbtisne@miuandes.cl](mailto:jbtisne@miuandes.cl)

## RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto dar a conocer a quien se inicia en el campo de la investigación jurídica algunas características del Derecho que debe considerar para realizar un trabajo científicamente apropiado. Las características y otros consejos son analizados y expuestos a la luz de su aplicación práctica con el propósito de que contribuyan a la formación metodológica del investigador en formación.

Palabras clave: *Derecho, características, investigación jurídica.*

## ABSTRACT

This paper aims to inform the person who is starting on the field of juridical research about the characteristics of law that must be considered to fulfill a proper scientific work. The features and other advises are analyzed and exposed according to their practical appliance and looking forward to contribute with the methodological formation of the new researcher.

Keywords: *Law, characteristics, juridical research.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Emprender la investigación del Derecho no es una tarea sencilla. El sujeto podrá enfrentar ciertas inhibiciones en los inicios de su cometido. Sin pretender agotarlos, sentirá que la carga es pesada por tener que enfrentar por sí solo un Derecho que luce rasgos confusos y de penumbra. Estimarán ingenuamente que ya todo ha sido escrito y que será arduo o sencillamente imposible descubrir una idea nueva en un mundo al que tantos autores han dedicado sus esfuerzos. Abrigará un oculto sentimiento de flaqueza por embestir y dialogar con aquellos autores, activos o no, de los cuales aprendió durante su formación académica y cuyas obras parecen contener la palabra revelada. O sencillamente lo abrumará la cantidad de fuentes, doctrinales y jurisprudenciales, que necesariamente deberá consultar para efectos de avanzar en su tarea.

El trabajo del investigador no es llano y debe ser desarrollado con concentración, constancia y perseverancia. No en vano es una labor que se despliega durante toda la vida. El perfeccionamiento de quien lo acomete es incansable. Pero todo individuo con pretensiones en la materia tiene un preámbulo que, en el mejor de los casos, estará guiado por alguien con dilatada trayectoria que le advertirá de las vicisitudes que experimentará.

No es baladí el hecho de que en los mejores programas de posgrados que orientan a sus alumnos a grados de magíster y doctorado se destinen considerables horas de clases a la metodología de la investigación jurídica y que, además, sean impartidas por profesores de reconocida experiencia en el ámbito de la investigación. Su importancia radica en que los alumnos adviertan al Derecho como una realidad teórica y práctica que permita capacitarlos para aportar nuevos conocimientos en sus áreas de interés.

Es por esto que la incertidumbre ante un desafío desconocido resulta ser necesaria y natural, pues constituirá el parámetro con el que el propio desafiante medirá su progreso y confianza en la búsqueda por la verdad jurídica.

El presente trabajo tiene por objeto ofrecer al sujeto que hace sus primeras armas en la investigación jurídica algunas contribuciones respecto de la manera de aproximarse a través de una metodología científica. Hacemos la salvedad de que no tenemos la pretensión de agotar las características del Derecho, faena que estimamos que supera con creces la finalidad de este trabajo, sino que dar luces que puedan esclarecer el horizonte del jurista en formación.

## 2. CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar las características del Derecho que interesan para su investigación es necesario hacer una reflexión sobre el objeto de estudio.

El concepto de Derecho no es un término inequívoco ni mucho menos pacífico. Ha sido fuente de diversos pronunciamientos por parte de la filosofía a lo largo de los años. Es

difícil partir de un supuesto de Derecho omnicompreensivo, pues como recuerda Squella respecto de Descartes: “[...] *la diversidad de nuestras opiniones no proviene de que unas son más razonables que las demás, sino de que conducimos nuestros pensamientos por caminos diferentes y no consideramos las mismas cosas ni los mismos aspectos de una misma cosa*”<sup>1</sup>. Supera claramente las expectativas de este trabajo entrar en el dilema respecto de qué es el Derecho. Solo diremos que existen múltiples definiciones que han intentado conceptualizarlo<sup>2</sup>.

Lo que sí nos interesa en este momento es manifestar que será una labor recomendable para el investigador estudiar y comprender bajo su propio punto de vista lo que entiende por Derecho. Sería en extremo farragoso intentar siquiera comenzar a escudriñar las características de un objeto desconocido. En otras palabras, no es recomendable intentar describir algo, sea una realidad natural o social, que en principio se ignora cuál es su contenido, significado o esencia, pues ¿cómo razonar acerca de aquello que se desconoce? Sensato podría resultar que el investigador, en una materia que ha exigido la dedicación de acreditados filósofos sin que entre ellos exista consenso, no logre definir una postura respecto del tema. Sin embargo, otra vía recomendable para tener una correcta perspectiva del objeto es optar por describirlo<sup>3</sup>. De este modo, se formará una determinada perspectiva respecto de la realidad que ahora pretende examinar.

Estimamos importante advertir preliminarmente que al Derecho, como ciencia que admite una metodología orientada a producir nuevo conocimiento, no se le puede aproximar desde un único punto de vista<sup>4</sup>. Sabemos que de él se encargan distintos métodos que auxilian y guían al científico para obtener un nuevo saber en la materia. Las características

---

<sup>1</sup> SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Filosofía del derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 13.

<sup>2</sup> En el texto de FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, traducción de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 39 y 41, se da cuenta de los disímiles conceptos de Derecho que han propuesto Kelsen, por un lado, y Hart y Raz, por otro. Asimismo, en SQUELLA NARDUCCI, Agustín; VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis y ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra, *Curso de filosofía del derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012, pp. 100-136, se exponen las distintas posturas respecto de Derecho que sostienen los autores Ihering, Austin, Kelsen, Hart, Dworkin y Alexy.

<sup>3</sup> Un buen ejemplo en la doctrina nacional es el trabajo de SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Qué es el derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 14, en el que se abandonan voluntariamente la intención de definir el Derecho para describirlo en las siguientes palabras: “[...] *El derecho es un fenómeno cultural, de carácter preferentemente normativo, sustentado en el lenguaje, que regula su creación, interpretable a la vez que argumentable, que rige las relaciones de hombres y mujeres que viven en sociedad, y cuya nota identificatoria más específica consiste en la coercibilidad, esto es, en la legítima posibilidad de auxiliarse de la fuerza socialmente organizada para conseguir el cumplimiento de sus normas y, sobre todo, para conseguir una eficaz aplicación de las sanciones o consecuencias adversas o negativas que deban seguir para los sujetos normativos cada vez que el derecho sea incumplido por alguno de éstos*”. En el libro, el autor se dedica a explicar cada una de los conceptos que incluye en su noción de Derecho.

<sup>4</sup> En la noción del Derecho como ciencia rescatamos las lecciones de SQUELLA, A.; VILLAVICENCIO, L. y ZÚÑIGA, Alejandra, cit. (n. 2), pp. 61-78, en particular en lo tocante al estudio del Derecho como ciencia, no caracterizado por su objeto, sino por el método empleado y la descripción de la actitud científica del investigador en la página 65. En función del texto citado, estimamos que la cientificidad de la metodología jurídica radica en la construcción de un nuevo saber en un ámbito específico del Derecho mediante la honestidad intelectual, la predisposición a la verdad y a la neutralidad, en conjunto con la actitud crítica frente al objeto de estudio.

que proponemos son relevantes, con independencia de los métodos que sean seleccionados<sup>5</sup>.

Asimismo, precisamos que en el presente trabajo al remitirnos a la dogmática jurídica o Jurisprudencia, nos referiremos al tratamiento o investigación sobre “[...] *la validez normativa y del contenido de sentido del Derecho positivo, incluyendo las máximas de decisión contenidas en las sentencias de los tribunales*”<sup>6</sup>.

### 3. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PARA LA INVESTIGACIÓN

Entonces, refiriéndonos a lo medular del asunto, el Derecho como objeto de investigación ostenta algunas características que lo distinguen de otras materias. Independiente del método empleado, describir y conocer sus características resulta imprescindible para todo el que pretenda acercarse y emprender un estudio metodológico serio y coherente en este campo.

Las características son complementarias y en ningún caso excluyentes. No se pueden entender sin la necesaria conexión de las unas con las otras. Es decir, no tienen una relación jerárquica. Conocerlas en conjunto admitirá una más prolija aproximación al estudio del Derecho.

#### 3.1. Es una ciencia social e independiente

La primera característica del Derecho es ser una ciencia distinta a las ciencias naturales. Las leyes de la naturaleza son “cognitivas”<sup>7</sup> y pueden ser explicadas mediante el “[...] *método empírico, que es esencialmente inductivo, o sea que parte de la observación o de la experimentación*”<sup>8</sup>.

A su vez, leyes jurídicas tienen por objeto al ser humano e inciden en su conducta social<sup>9</sup>. Es tal la dimensión social del Derecho que cuando la ley se aparta de las necesidades y hechos actuales de una comunidad se tiende a incrementar “*la sensación de crisis del Derecho*”<sup>10</sup>, porque pierde la capacidad de ser elemento de desarrollo y convivencia social<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> Para efectos de conocer los métodos de la investigación jurídica recomendamos CORRAL TALCIANI, Hernán, *Cómo hacer una tesis en Derecho, Curso de metodología de la investigación jurídica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 55-86, quien se refiere acerca del método histórico, dogmático, comparativo, empírico y el axiológico.

<sup>6</sup> LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 183.

<sup>7</sup> NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 29.

<sup>8</sup> POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, traducción de Néstor Míguez, Barcelona, Paidós, 1991, p. 57.

<sup>9</sup> Cfr. NIETO, A., cit. (n. 7), p. 29.

<sup>10</sup> GESCHE MÜLLER, Bernardo, *Jurisprudencia dinámica. La desvalorización monetaria y otros problemas en el derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 137.

<sup>11</sup> Cfr. GESCHE, B., cit. (n. 10), p. 139.

Considerar que solo lo cuantificable y medible puede ser una ciencia implicaría desconocer el carácter de cientificidad a la gran mayoría de las ciencias sociales<sup>12</sup>.

En este sentido, el Derecho es una realidad social, pues se encuentra imbricado en la comunidad humana. Es por eso que al existir convivencia hay Derecho. Los conflictos entre personas se repiten y se observan independientemente del lugar en que se desarrollen. En otras palabras, las cuestiones jurídicas se repiten en el tiempo y lo que varía es la interpretación de las soluciones o el modo de aproximación al problema para entregar una respuesta adecuada y actual<sup>13</sup>. La inmutabilidad de la naturaleza humana explica que generalmente los problemas jurídicos sean resueltos de formas similares en países con distintos antecedentes históricos y culturales<sup>14</sup>.

Por lo tanto, que el Derecho deba ofrecer una solución coherente para el contexto social en el que se desenvuelve implica también una oportunidad para el jurista. Será él quien observando de forma imparcial el sistema jurídico podrá advertir y colaborar para que el Derecho responda eficazmente a las necesidades que un contexto social en constante evolución amerita, tanto para el perfeccionamiento del sistema vigente como para contribuir a resolver asuntos de índole práctica.

### 3.2. Esencialmente debatible

La segunda característica del Derecho es ser una ciencia esencialmente debatible y en la cual se admiten diversas interpretaciones para un mismo problema. Ilustran claramente Squella, Villavicencio y Zúñiga la función de la interpretación al señalar que *“la interpretación jurídica, por su parte, es la actividad que consiste en establecer el significado del derecho, concretamente, de las normas, principios y demás estándares que forman parte de él, cualquiera sea la fuente por medio de la cual se hayan incorporado al ordenamiento jurídico correspondiente”*<sup>15</sup>.

La importancia del pasaje previamente transcrito estriba en que respecto de un mismo enunciado normativo o disposición legal se pueden proponer distintas interpretaciones, cuyo resultado será la existencia de variedad de normas aplicables al caso concreto<sup>16</sup>. El Derecho exige de los juristas esfuerzo, dedicación y perseverancia en la razonada manifestación de nuevas interpretaciones que colaboren con el avance de la ciencia jurídica. Es un campo fecundo para el estudio y creación de nuevo conocimiento y constituye un aliciente para los nuevos juristas. Sin embargo, esta aparente predisposición

---

<sup>12</sup> Cfr. LARENZ, K., cit. (n. 6), p. 186.

<sup>13</sup> Cfr. NIETO, A., cit. (n. 7), pp. 30-33.

<sup>14</sup> Cfr. ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, traducción de Tony Weir, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 39.

<sup>15</sup> SQUELLA, A.; VILLAVICENCIO, L. y ZÚÑIGA, Alejandra, cit. (n. 2), p. 155.

<sup>16</sup> Cfr. SQUELLA, A.; VILLAVICENCIO, L. y ZÚÑIGA, Alejandra, cit. (n. 2), pp. 155-156.

del Derecho a admitir nuevas proposiciones no es absoluta. Las ideas que se postulen serán evaluadas conforme a su coherencia y calidad científica.

Popper ofrece el criterio de la refutación para el problema de la demarcación, el cual consiste en distinguir entre las teorías científicas de las que no lo son<sup>17</sup>. Una postura crítica que tiende a refutar y mejorar las teorías existentes a través de la libre discusión es una actitud racional con la que el Derecho debe convivir constantemente<sup>18</sup>. Al no ser una ciencia medible o cuantificable, las leyes jurídicas, entendidas como “*esencialmente tentativas, conjeturales, o hipotéticas*”<sup>19</sup>, estarán sujetas a constantes embates para probar su validez y sentido, pues mediante su simple observación no es posible obtener dichos resultados<sup>20</sup>.

Que el Derecho admita discusión es una afirmación que requiere precisar el medio a través del cual se materializa. Su constante interpretación se promueve a través de la argumentación que viene a ser la manifestación de las razones en un determinado sentido jurídico. Para esto se debe razonar, que es construir mediante un proceso intelectual personal e interno las razones para afirmar una determinada decisión, para luego exteriorizarlas. Al jurista le será útil exponer su razonamiento públicamente, pues de este modo podrá probar su validez y contribución al conocimiento jurídico<sup>21</sup>.

Esto dice relación con que sus propuestas estarán encaminadas a un razonamiento teórico, o en otras palabras, al descubrimiento de la verdad acerca del objeto de estudio. La exhibición del razonamiento que ha alcanzado en su fuero interno, independiente del método del cual se valió, será necesaria para difundir los nuevos contenidos de verdad en el campo de su investigación<sup>22</sup>. La exposición de las ideas es importante para el carácter científico del estudio del Derecho, pues solo de esta forma pueden ser objeto de refutación<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. POPPER, K., cit. (n. 8), pp. 63-64. En BERNASCONI RAMÍREZ, Andrés, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 20, (2007), 1, p. 14, también se afirma que los postulados de la dogmática permanecerán válidos en la ciencia en la medida en que no sean refutados definitivamente. Para que se pueda refutar una proposición se requiere que existan correctos mecanismos de comunicación en la comunidad académica.

<sup>18</sup> Cfr. POPPER, K., cit. (n. 8), p. 77.

<sup>19</sup> POPPER, K., cit. (n. 8), p. 78.

<sup>20</sup> Cfr. LARENZ, K., cit. (n. 6), p. 186; POPPER, K., cit. (n. 8), p. 68.

<sup>21</sup> Acogemos la distinción que hace SQUELLA, A., cit. (n. 1), pp. 463-464, respecto de la función del abogado y el jurista. El primero en sus exposiciones busca *persuadir* a un auditorio determinado y el segundo pretende que sus argumentos logren ser *convincientes* para todo ser racional. El convencimiento, a diferencia de la persuasión, es más objetivo, porque intenta demostrar una verdad y no meramente inducir la voluntad ajena (hacer o creer algo) en función de un interés personal.

<sup>22</sup> Cfr. SQUELLA, A., cit. (n. 3), pp. 65-69.

<sup>23</sup> En este sentido nos parece que el siguiente pasaje de SQUELLA, A.; VILLAVICENCIO, L. y ZÚÑIGA, Alejandra, cit. (n. 2), p. 70, en el que se refiere a la dogmática jurídica, resulta oportuno de transcribir: “[...] Como hace cualquier colectivo de personas que quiere ser fiel al rango científico del saber que practican, los juristas justifican sus conclusiones, es decir, dan razones a favor de las mismas y son capaces de discutir no sólo acerca de la pertinencia de éstas, sino también sobre cómo una determinada de esas conclusiones puede lograr mejorar el propósito

### 3.3. Se basa en la justicia

La tercera característica del Derecho es ser una ciencia que se basa en la justicia y por ello se explica que esté expuesta a una permanente actitud crítica. La dogmática jurídica más allá de buscar la seguridad y estabilidad del sistema intenta encontrar el contenido de justicia de las normas y fuentes que disciplinan las relaciones humanas<sup>24</sup>. Asimismo, las resoluciones judiciales que se pronuncian sobre conflictos humanos también serán refutadas en función del “[...] *contenido de justicia que reclaman las circunstancias concretas de los problemas sometidos a su decisión*”<sup>25</sup>.

Viehweg afirma que el derecho positivo debe ser entendido como una parte integrante de la búsqueda del Derecho mediante un ordenamiento justo o lo que denomina *aporía fundamental*, esto es, lo único que trasciende y no puede ser alterado. Es por esto que aboga por la discusión constante para acercar el Derecho a la justicia<sup>26</sup>.

A mayor abundamiento, se podría hablar de “*la relatividad de las leyes jurídicas*”<sup>27</sup>, porque estas pueden conducir a inequidades de no mediar en su aplicación la justicia que exige el caso concreto. Existen ocasiones en que para dilucidar la justicia en un problema se deben modificar, quebrar, limitar o aplicar las denominadas pautas de valoración o tópicos, que si bien no son axiomas o principios omnicomprendidos, absolutos ni se explican por sí mismos, contienen una idea jurídica general cuando se les liga al concepto de justicia y a la conciencia general de una comunidad<sup>28</sup>.

En suma, bien concluye Viehweg al señalar que la Jurisprudencia o dogmática “[...] *trata simplemente la cuestión de qué sea lo justo aquí y ahora*”<sup>29</sup>.

### 3.4. Problematicable

La cuarta característica es que el estudio del Derecho deberá realizarse desde la perspectiva de un problema. En el caso de la Jurisprudencia o dogmática jurídica, el desafío será identificar un problema para que a través de la actitud crítica se pueda

---

*descriptivo que la dogmática tiene respecto del derecho. Los juristas, sean o no una ciencia lo que ellos hacen, se comportan en general como científicos y someten a algún tipo de control y discusión la información que proporcionan acerca del ordenamiento jurídico. Publican sus obras, se comentan unos a otros, se reúnen en seminarios y congresos para analizar y debatir conclusiones, y sujetan a crítica y a revisión los enunciados con los que procuran dar cuenta de un ordenamiento jurídico dado, o, mejor, de una parte o rama determinada de un ordenamiento jurídico”.*

<sup>24</sup> Cfr. LARENZ, K., cit. (n. 6), p. 183.

<sup>25</sup> GESCHE, B., cit. (n. 10), p. 140.

<sup>26</sup> Cfr. VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, p. 158.

<sup>27</sup> NIETO, A., cit. (n. 7), p. 30.

<sup>28</sup> Cfr. LARENZ, K., cit. (n. 6), p. 214; VIEHWEG, T., cit. (n. 26), pp. 164-169.

<sup>29</sup> VIEHWEG, T., cit. (n. 26), p. 151.



mejorar las teorías y leyes que intentan ofrecer una solución<sup>30</sup>. La Jurisprudencia “[...] problematiza en principio los textos jurídicos, es decir, las interroga en relación con las diferentes posibilidades de interpretación”<sup>31</sup>.

Courtis afirma que para acometer una buena investigación se requiere tener presente dos aspectos relevantes: el primero es definir el objeto sobre el que se trabajará y el segundo es la cuestión que lo guiará. Este segundo aspecto es la problematización del asunto<sup>32</sup>.

En el Derecho no hay principios sistematizables, pues no son seguros y objetivamente fecundos, por lo que el punto de partida de toda refutación o crítica debe ser un problema que resulte permanente en las relaciones humanas<sup>33</sup>. En definitiva, “la raíz de todo está simplemente en que el problema toma y conserva la primacía”<sup>34</sup> por sobre el método y las fuentes del Derecho. En el mismo sentido, Oliveira sostiene que para comenzar con una investigación científica se debe identificar un problema, que no es lo mismo que el tema de estudio<sup>35</sup>.

Es preciso señalar que esta característica que se presenta con naturalidad en el presente trabajo es una de las más arduas de llevar a cabo en la práctica. No es sencillo determinar un problema jurídico. Se requiere de estudio, tiempo y dedicación, primero, para identificarlo y, luego, para razonar en torno a él.

Nos parece que al comenzar una investigación es menester identificar el problema e indagar en los argumentos para describirlo y justificarlo, toda vez que constituirá el objeto metodológico de la labor del jurista. Esto le permitirá sustentar en el tiempo su estudio y orientarlo cuando se vea anublado por la natural tentación de abarcar más de lo que originalmente previó.

---

<sup>30</sup> Cfr. POPPER, K., cit. (n. 8), p. 83. En el mismo sentido, LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián, “Para escribir una tesis jurídica: técnicas de investigación en derecho”, en *Revista Ius et Praxis*, 17, (2011), 1, p. 233, afirma que mediante la investigación se pretende contestar una pregunta que solucione un problema, distinguiendo entre problemas prácticos y problemas conceptuales.

<sup>31</sup> LARENZ, K., cit. (n. 6), p. 193. El autor da cuenta de que toda ley tendrá un margen de libre significado y que precisamente el lenguaje permite la adaptabilidad de las normas a los distintos supuestos de hecho. Los textos jurídicos siempre requieren de interpretación, lo que no constituye un defecto. Lo mismo aplica para las resoluciones judiciales.

<sup>32</sup> COURTIS, Christian, “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, en COURTIS, Christian (editor), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, p. 152.

<sup>33</sup> Cfr. VIEHWEG, T., cit. (n. 26), p. 152.

<sup>34</sup> VIEHWEG, T., cit. (n. 26), p. 170.

<sup>35</sup> Cfr. OLIVEIRA, Luciano, “‘No me venga con el Código de Hammurabi...’. La investigación socio-jurídica en los estudios de posgrado en Derecho”, en COURTIS, Christian (editor), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 293-294.

### 3.5. Conocimiento acumulable

La quinta característica se refiere a que en el Derecho el conocimiento se acumula y no se sustituye. Sin perjuicio de que “[...] *las escuelas y tendencias desaparecen y reaparecen casi con la fiel periodicidad de los cometas*”<sup>36</sup>, el jurista debe trabajar con todo el material disponible para distinguir entre lo que le es útil de lo inútil<sup>37</sup>.

El cambio de una interpretación en Derecho no implica eliminar todo conocimiento anterior. Al contrario, este puede servir de base para nuevos planteamientos que requieran utilizarlos para fundamentar o respaldar una actitud crítica respecto del Derecho vigente. De hecho, se ha definido como el núcleo del arte del derecho la “[...] *diligente y constante reedificación y ampliación del derecho, que cuida de que el andamiaje total de la actividad jurídica conserve su fijeza, sin perder flexibilidad [...]*”<sup>38</sup>. Consideramos que esta es la labor del jurista, quien tiene la mejor posibilidad de observar los fenómenos jurídicos y contribuir a la eficacia y vigencia del sistema mediante un razonamiento teórico que luego podrá ser adquirido y aplicado por el resto de la comunidad jurídica<sup>39</sup>.

La continua transformación supone la interacción de un cúmulo de conocimientos, que independiente de su vigencia actual, sirven de fundamento para asegurar el progreso y mejoramiento de la construcción intelectual de la ciencia jurídica. “*El interesado ha de caminar con una mochila de conocimientos cuyo peso y contenido aumentan constantemente*”<sup>40</sup> y debe ser capaz de sobrellevarla, independiente de la vigencia de su contenido, para así poder respaldar y construir sus propias posturas con mayor rigurosidad científica.

Nos parecen relevantes las palabras de Courtis, al referirse a los materiales de los que el jurista se vale, respecto de la doctrina que denomina el marco conceptual común, pues “[...] *prácticamente toda obra académica se encuadra en un panorama de conceptos y herramientas teóricas heredados [...]* La labor dogmática individual es un emergente particular de una empresa colectiva relativamente especializada”<sup>41</sup>.

### 3.6. Requiere un conocimiento previo

La sexta característica del Derecho es que no puede aproximarse sin un conocimiento previo. Para el jurista, el proceso de investigar y criticar no se hace linealmente, sino en

---

<sup>36</sup> NIETO, A., cit. (n. 7), p. 30.

<sup>37</sup> Cfr. NIETO, A., cit. (n. 7), p. 21.

<sup>38</sup> VIEHWEG, T., cit. (n. 26), p. 150.

<sup>39</sup> Para efectos de dejar claramente establecida la diferencia de ambos conceptos, en palabras de SQUELLA, A., cit. (n. 1), p. 454, “*el razonamiento teórico, o demostrativo, es un ejercicio mental y lingüístico ordenado a lo que es, mientras que el razonamiento práctico, o justificativo, es un ejercicio acerca de lo que debe ser en determinadas circunstancias*”. En este sentido, el jurista que busca el conocimiento aplica un razonamiento jurídico teórico. El juez o legislador, un razonamiento jurídico práctico. s

<sup>40</sup> NIETO, A., cit. (n. 7), p. 21.

<sup>41</sup> COURTIS, C., cit. (n. 32), p. 141.

pasos alternos y exige una precomprensión tanto del lenguaje utilizado como del objeto que trata el texto legal, contrato o sentencia, para así lograr descifrar su verdadero sentido. Dicha precomprensión supone un proceso de aprendizaje previo mediante conocimientos y experiencias profesionales, personales y sociales que admitan alcanzar su comprensión<sup>42</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia Corral cuando afirma que para realizar una investigación jurídica, y particularmente una tesis doctoral, “[...] se exige un cierto dominio de los conceptos generales y los contenidos más importantes de la disciplina o ciencia en la cual desea hacer una tesis doctoral. Por eso, en Derecho se exige que el doctorando posea el grado de Licenciado en Derecho”<sup>43</sup>. La verdad es que no podría ser de otra forma, toda vez que el Derecho, al ser una realidad que se expresa a través del lenguaje, exige de quien lo estudia un conocimiento técnico de él.

Quien ha recibido la formación de una escuela de Derecho, incluso sin considerar estudios de posgrado, se encuentra en la posición de acometer una investigación jurídica. La nomenclatura que se utiliza en el Derecho es precisa y técnica. No es irrelevante utilizar un concepto atribuyéndole un significado diverso al que la ciencia le asigna, pues denotará falta de rigor intelectual. Es el caso de la jurisprudencia que emana de los tribunales de justicia, cuya estructura y contenido pueden resultar confusos para quien no se ha familiarizado previamente con ella. En este sentido y refiriéndose a la labor de la ciencia jurídica, Gesche afirma que “esta labor ha sido y seguirá siendo igualmente importante, pues sólo el jurista dispone de los conceptos jurídicos fundamentales que permitan elaborar un orden normativo armónico y eficaz”<sup>44</sup>. Asimismo, debe existir una precomprensión de los principios del Derecho.

La base de todo estudio radica en que el investigador haya adquirido previamente una comprensión de los conceptos de su disciplina. Sin embargo, consideramos que constituye una obligación profesional conservar una actitud constante que se oriente al aprendizaje de nuevo conocimiento. Esto se reflejará en la calidad de la argumentación y, en consecuencia, en sus contribuciones al área de la ciencia en la que se desempeñe.

#### 4. PALABRAS FINALES

Para efectos de esclarecer el horizonte del jurista en formación, independiente del método que utilice, proponemos que previamente dedique algún tiempo a adoptar una concepción

---

<sup>42</sup> Cfr. LARENZ, K., cit. (n. 6), pp. 195-196. En el mismo sentido, Cfr. FINNIS, J., cit. (n. 2), p. 50, quien admite que una conceptualización preliminar del teórico es importante para alcanzar juicios razonables de lo bueno y prácticamente razonable.

<sup>43</sup> CORRAL, H., cit. (n. 5), pp. 93-94.

<sup>44</sup> GESCHE, B., cit. (n. 10), p. 141.

o al menos una descripción del objeto de estudio, esto es, el Derecho. Lo anterior le permitirá analizar y comprender mejor la realidad en la que se desempeñará.

Asimismo, será prudente que reconozca algunas de las características que lo distinguen de otras materias de estudio. Estas deben ser concebidas complementariamente, pues cada una debe ser matizada y entendida a la luz de las demás. Estimamos que conocer, al menos, las examinadas en el presente trabajo permitirá al jurista en formación soslayar algunas de las inhibiciones naturales que puede experimentar al incoar el desafío. El Derecho se caracteriza por ser una ciencia social que tiene por objeto al ser humano y, por lo tanto, no es medible ni cuantificable. Siempre será objeto de una actitud crítica que pretenda perfeccionarlo a través de su enjuiciamiento y refutación. Dichas críticas pretenden encontrar el contenido de justicia en el Derecho para lo cual el jurista, en primer lugar, debe individualizar un problema que primará por sobre el método, normas, contratos, resoluciones o principios generales empleados para la investigación. Estos últimos podrán ser modificados, quebrados o adecuados; no así el problema, el cual conservará su primacía a lo largo del trabajo.

El Derecho es esencialmente debatible mediante la argumentación, pero requiere que se base en un razonamiento teórico lógico que permita sostener y convencer acerca de su contribución a la ciencia jurídica.

En el Derecho el conocimiento se acumula y no se sustituye, pues el avance científico requiere de la contribución de las ideas y elaboraciones intelectuales previas para configurar nuevas críticas que permitan continuar con su desarrollo. Finalmente, el investigador debe saber que es necesaria una precomprensión del lenguaje y del objeto de estudio para lograr entender y realizar juicios pertinentes en la materia a la que dedica sus esfuerzos.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- BERNASCONI RAMÍREZ, Andrés (2007), «El carácter científico de la dogmática jurídica», en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 20, 1.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2009), *Cómo hacer una tesis en Derecho, Curso de metodología de la investigación jurídica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- COURTIS, Christian (2006), «El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática», en COURTIS, Christian (editor), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta.
- FINNIS, John (2000), *Ley Natural y Derechos Naturales*, traducción de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- GESCHE MÜLLER, Bernardo (1971), *Jurisprudencia dinámica. La desvalorización monetaria y otros problemas en el derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- LARENZ, Karl (2001), *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel.

- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2011), «Para escribir una tesis jurídica: técnicas de investigación en derecho», en *Revista Ius et Praxis*, 17, 1.
- NIETO, Alejandro (2000), *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel.
- OLIVEIRA, Luciano (2006), «'No me venga con el Código de Hammurabi...'. La investigación socio-jurídica en los estudios de posgrado en Derecho», en COURTIS, Christian (editor), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Trotta.
- POPPER, Karl (1991), *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, traducción de Néstor Míguez, Barcelona, Paidós.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín/VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis/ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra (2012), *Curso de filosofía del derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2007), *¿Qué es el derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2001), *Filosofía del derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- VIEHWEG, Theodor (2007), *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid, Thomson-Civitas.
- ZWEIGERT, Konrad/KÖTZ, Hein (1998), *Introduction to Comparative Law*, traducción de Tony Weir, Oxford, Oxford University Press.