

## **Legitimidad y derecho. Algunas consideraciones.**

**Por: Henrik Lopez Sterup\***

### **Resumen**

La legitimidad no es ordinariamente un elemento que se considere a la hora de analizar el derecho. Antes bien, es un dato a partir del cual se realiza el estudio. La introducción de la legitimidad como elemento a considerar en la identificación del derecho, permite ampliar la comprensión de la praxis jurídica, en particular en relación con la manera en que los valores individuales y sociales integran el proceso de identificación o construcción de la norma jurídica. La situación de “interpretación discutida de derecho” permite enfrentar estas situaciones y abordar análisis más complejos sobre la tesis de las fuentes sociales del derecho, el ejercicio justificatorio que le subyace y el concepto mismo de autoridad.

### **Presentación**

En la literatura jurídica parece existir un consenso en que un sistema jurídico se reconoce como tal, entre otros elementos, si cuenta con un grado, por definir, de eficacia. Es decir, los destinatarios de las normas deben, en algún grado mínimo, seguir las normas. No importa, para efectos de este estudio, que dicho comportamiento sea de los ciudadanos en general o de las autoridades. Las escuelas jurídicas se enfrentan de diversa manera a este elemento. Así, las escuelas realistas y críticas centran, consciente o inconscientemente, buena parte de su análisis en la eficacia del derecho, mientras que otras, por ejemplo, el formalismo jurídico, lo consideran ajeno al estudio sobre el derecho. Con todo, el consenso antes mencionado, se insiste, parece existir.

Los movimientos críticos (CLS en adelante) han mostrado que existen diversos factores que alteran la eficacia del derecho, en el sentido de que el resultado final, esto es, la aplicación concreta de la ley, no se determina exclusivamente por el marco normativo (si es que ello es relevante), sino a partir de diversos factores, en particular, las relaciones de poder, que se traducen en narraciones, construcciones de identidad y otras formas de opresión (Unger, 1986). Así, el derecho (en su realidad) no está definido por los contenidos normativos sino

---

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Correos [hlopez@uniandes.edu.co](mailto:hlopez@uniandes.edu.co) / [profe.henriklopez@gmail.com](mailto:profe.henriklopez@gmail.com)

por tales relaciones o, en su defecto, por las preferencias del juez (Kennedy, 1999) o las relaciones de poder (Alviar García & Jaramillo Sierra, 2012).

El cuestionamiento de Alviar & Jaramillo parte de estudiar el caso de un texto normativo, del cual se desprende (según cierta interpretación) que, si se dan las condiciones  $a$ ,  $b$  y  $c$  se sigue la obligación  $z$ , frente al cual los jueces y los ciudadanos incluyen una condición adicional (condición  $d$ ), no prevista por el legislador y que es expresión de tales relaciones de poder en la sociedad. Es decir, construyen la norma Si  $a$ ,  $b$ ,  $c$  y  $d \rightarrow Oz$ <sup>1</sup>.

Este tipo de conductas (inclusión de una condición adicional que altera el caso o supuesto de hecho) puede entenderse de varias maneras: (i) que se trata de una interpretación equivocada del derecho, (ii) que se está ante una actuación y decisiones violatorias del derecho y (iii), finalmente, que se está ante una construcción discutida de derecho.

El propósito de este estudio no es ahondar en las razones que soportan los análisis distributivos que realizan las profesoras Alviar & Jaramillo, sino que interesa considerar el tema de la legitimidad, que podría aportar elementos de juicio para comprender situaciones como aquella descrita anteriormente. La idea que se defiende es que las opciones (i) y (ii) antes presentadas no recogen de manera clara la praxis jurídica. La opción (iii), por su parte, permite introducir el elemento legitimidad, a partir del cual es posible entender la conducta descrita, en particular cuando es realizada por los jueces, como resultado de la aplicación de una norma discutible.

A fin de explorar estas ideas, primero se mostrará el papel de la legitimidad dentro de la praxis del derecho y, a partir de ello, se presentará una tesis sobre la actividad del juez.

### **Legitimidad.**

En el análisis jurídico la legitimidad, aunque siempre está presente, no es objeto de tratamiento. Los estudios teóricos sobre cuál es la nota característica del derecho tienden a

---

<sup>1</sup> Las profesoras Alviar & Jaramillo estudian esta situación frente a un proceso relacionado con la aplicación de la regla del derecho laboral colombiano sobre el principio de a igual trabajo, igual salario. Muestran que el legislador dictó una ley, de la cual se desprendía una norma según las cuales si se dan las condiciones  $P$ ,  $J$  y  $CE \rightarrow X$ , donde  $P$  es igual puesto,  $J$  es igual jornada,  $CE$  es iguales condiciones de eficiencia y  $X$  es la obligación de dar el mismo salario, frente al cual empleadores y jueces comprendieron que también se debería incluir la condición  $FA$ , consistente en igual formación académica. Es decir, comprendieron la existencia de una regla Si  $P$ ,  $J$ ,  $CE$  y  $FA \rightarrow X$ . En su análisis muestran que ello es expresión de relaciones de poder patriarcales en la sociedad colombiana (Alviar García & Jaramillo Sierra, 2012)

ubicarla entre dos extremos. De una parte, su carácter autoritativo, claramente presente en la tradición positivista de Austin y Kelsen y que se traduce en una pretensión de autoridad (Joseph Raz, 2002; 2009) y, por otra, su vínculo con lo justo, en la tradición iusnaturalista y, en una versión post-positivista, traducida en una pretensión de corrección (Alexy, 1997). En ninguno de los dos casos aparece la legitimidad como un elemento definitorio del derecho. Antes bien, la referencia a la autoridad o a la justicia parte de que el orden jurídico, identificado o caracterizado a partir de tales elementos, es legítimo<sup>2</sup>. Así, se trata de un dato o un supuesto operativo para el sistema jurídico.

No podría ser de otra manera pues, bien sea que se pretenda ejercer autoridad o que se sostenga que el sistema tiene una pretensión de corrección, ha de asumirse que aquello que satisface los criterios identificatorios del derecho, es legítimo<sup>3</sup>. Si ello fuera puesto en duda, tanto la justicia (como pretensión) como la autoridad estarían en entredicho.

Con todo, ha de tenerse presente que el orden jurídico opera sobre una realidad y, en últimas, a partir de y sobre personas. Así, ¿debería ser relevante para un estudio sobre el derecho considerar qué importancia tiene la legitimidad para el comportamiento humano y, así, establecer su relación con el derecho?

Diversos estudios en psicología social han mostrado una fuerte relación entre legitimidad y la adecuación (o tendencia a adecuar) del comportamiento de los sujetos a parámetros legales (Levi, Sacks, & Tyler, 2009; Tyler, 2006). Tales estudios parten de la idea de que legitimidad, usualmente construida a partir de Weber (Tyler, 2006), consiste en la propiedad psicológica de aceptación de la regla o del comportamiento de la autoridad, que se traduce en un sentimiento de obligación de seguir la regla o el sistema normativo (Oceja, Fernández-Dols, González, Jiménez, & Berenguer, n.d.; Tyler, 2006). Estos estudios tienen una larga tradición en dicho campo. En los últimos años se han realizado investigaciones dirigidas a establecer

---

<sup>2</sup> Coleman & Leiter han introducido el tema de la legitimidad, como posibilidad de ejercicio legítimo de la autoridad. Su análisis, sin embargo, parte de analizar la indeterminación del derecho y cómo ello, según algunos, afecta dicha posibilidad (Coleman & Leiter, 1993)

<sup>3</sup> Soy consciente de que esta afirmación genera dificultades, que no se pueden abordar en este estudio. Baste considerar que cabe preguntarse si el concepto de autoridad implica, al menos mínimamente, legitimidad o si se trata de la traducción al sistema del derecho de un elemento del sistema del poder (por utilizar las categorías de Luhmann). Por otra parte, y en relación con la pretensión de corrección, cabría indagar si dicha pretensión es posible porque se asume la legitimidad *prima facie* del orden jurídico o, por el contrario, la satisfacción de la pretensión de corrección genera legitimidad. Claramente se requieren de investigaciones sobre estas preguntas.

qué elementos condicionan la percepción de legitimidad que tienen los ciudadanos. Existe un significativo consenso en que la realización de un procedimiento justo o equitativo (Jackson et al., 2012; Levi et al., 2009; Tyler, 2006) y el razonamiento estatal de carácter jurídico (Cohn, Trinkner, Rebellon, Van Gundy, & Cole, 2012) son factores importantes (y, en algunos casos, determinantes) para calificar una decisión o actuación estatal como legítima. Con todo, debe precisarse que en el plano judicial se ha establecido que lo anterior no basta, y que la corrección jurídica de la decisión también es relevante en términos de legitimidad (Braman & Easter, 2014). Adicionalmente, se han encontrado evidencias que muestran una relación directa entre legitimidad y adecuación de la norma concreta a parámetros morales propios del individuo (Oceja et al., n.d.). Cabe advertir que estos estudios se han realizado a partir de las opiniones de ciudadanos en relación con las normas o las actuaciones de las autoridades.

Frente a tales estudios, cabría preguntarse si la cuestión de la legitimidad, entendida en este sentido psicológico, no afecta también a la autoridad. Es decir, ¿evalúa la autoridad su propio comportamiento? Bien podría sostenerse, a partir de los estudios de los realistas estadounidenses y los CLS, que más que una evaluación, el comportamiento del juez (o de la autoridad) es estratégico. Así, el juez, ante la oportunidad, arribará a la sentencia que-yo-deseo (Kennedy, 1999). Si bien es probable que existan tales situaciones, si se tratara de una conducta generalizada se enfrentaría a la reducción generalizada de legitimidad del orden jurídico. Como se mencionó antes, el racionamiento jurídico y su percepción de corrección, son elementos clave para que la ciudadanía estime legítima la conducta, sea del juez o de otras autoridades. Siendo así, es razonable asumir que, en cierta medida, los jueces no se comportan estratégicamente, sino que buscan la decisión que estiman correcta conforme a derecho<sup>4</sup>. Debe tenerse presente, sin embargo, que ello no garantiza la legitimidad del orden pues el comportamiento general del Estado es otro factor determinante (Levi et al., 2009)<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Claro, es posible que existan sociedades en las que el comportamiento esperado sea estratégico. Pero en tal evento debería poderse demostrar que ello es acorde con su sistema de valores. Además, debería preguntarse si se está frente a un Estado de Derecho y ante el imperio de la ley.

<sup>5</sup> Que, siguiendo a los CLS, es necesaria una crítica a este comportamiento, en tanto que es expresión de relaciones de poder que tienden a reforzar narrativas identitarias y negar otras, así como invisibilizar algunas formas de exclusión y proteger ciertos privilegios resultantes, no es objeto de este estudio.

Desde otro punto de vista, debería tenerse presente que los jueces y los funcionarios de la administración son ciudadanos, quienes, aunque ejercen un rol de autoridad, no están al margen de la percepción de la sociedad sobre la conducta del Estado y sus funcionarios. De alguna manera ha de asumirse que ellos están afectados por la percepción que tiene la sociedad de sí misma, pues son parte de la sociedad. Así, ellos contribuyen, en tanto que ciudadanos, a la construcción de dicha percepción. En ese orden de ideas, es probable que su comportamiento se oriente hacia el refuerzo de la percepción de legitimidad o de ilegitimidad que la sociedad tiene sobre la autoridad y el orden jurídico.

Si ambos argumentos son correctos y si el juez está comprometido con su labor, podrá considerarse que buscará que la solución que ofrezca a un caso sometido a su consideración sea lo más compatible posible con el orden jurídico. En línea con Dworkin (1988), intentará ofrecer la mejor interpretación posible del derecho, pues está comprometido con la legitimidad del orden mismo.

Si lo expuesto hasta ahora se admite, también habría que aceptarse, a fin de comprender la praxis del derecho, que se ha de reconocer que la corrección de la decisión de la autoridad, en el sentido de que se estima que la decisión es conforme a derecho, supone un vínculo mínimo entre la concepción moral (individual y social) del individuo y el mandato normativo estatuido.

### **Derecho y legitimidad.**

En la situación que guía nuestro análisis, la ciudadanía (o, al menos, una parte significativa) y los jueces consideraron que, junto a las circunstancias específicas fijadas por el legislador, también se debía tener presente una circunstancia no explicitada. Además, se indicó que se podía entender dicha postura como (i) un error hermenéutico o (ii) expresión de una actuación y decisión violatoria del orden jurídico. En uno y otro caso, el punto de partida será la identificación de aquello que fue violado u objeto de una errada interpretación. En otras palabras, la definición de qué es derecho.

La discusión sobre qué es derecho está en la base de las distinciones entre las diversas escuelas jurídicas. La tesis de las fuentes sociales, el vínculo necesario o contingente con la moral o la voluntad o psicología del aplicador, son las líneas generales de investigación. Con

todo, es posible sostener que todas estas líneas terminan por aceptar, de alguna manera, la tesis de las fuentes sociales<sup>6</sup>, en particular, a partir de la recepción del concepto de regla de reconocimiento. Sean estas fuentes entendidas en sentido epistémico o en sentido semántico (Coleman, 1982, 1991)<sup>7</sup>.

Así, la tesis de la existencia o inexistencia de un vínculo sea necesario o contingente, entre moral y derecho, supone, en todo caso, que existe algún medio para identificar qué se estima derecho. La tesis de la inexistencia de dicho vínculo lleva a reafirmar la tesis de las fuentes sociales (Joseph Raz, 2002, 2009), mientras que la tesis de la existencia del vínculo necesariamente ha de partir de las fuentes sociales y, sobre su resultado, aplicar el juicio de validez (o mérito) que termina por reconocer la práctica social como derecho. En este sentido, tal y como se deriva de la tesis de corrección de Alexy, se está ante un mecanismo de corrección<sup>8</sup>. La moral sería insuficiente para definir qué es derecho, pero sí necesaria para validar el carácter de derecho del resultado de una práctica social.

Por su parte, las tesis realistas o del CLS también parten de reconocimiento de la tesis de las fuentes sociales. En su caso, *grosso modo*, consideran que las fuentes sociales son necesarias para identificar el derecho, pero no suficientes. Esto, porque la definición de qué es derecho dependerá del juez o de las estructuras de poder que subyacen a las estructuras jurídicas. En ambos casos, la definición de qué es realmente derecho parte de una identificación inicial a partir de las fuentes sociales, la cual es sometida a un ejercicio de precisión o de complementación<sup>9</sup>, en el sentido de que el comportamiento del juez o de la autoridad está condicionado por tales estructuras de poder.

---

<sup>6</sup> Coleman ha hecho precisiones sobre la manera de entender esta regla a partir de los postulados de Hart. Indica que una tesis sostiene que la regla de reconocimiento es una regla social y, que otra, apoya la idea de que la regla de reconocimiento está vinculada con una práctica de la autoridad, que reconoce su existencia a partir del punto de vista interno (Coleman, 1991). Esta segunda línea de comprensión de Hart podría llevar a justificar la tesis de que la regla de reconocimiento es la traducción normativa de la legitimidad. Con todo, en tanto que la regla de reconocimiento se dirige a la autoridad, deja de explorar la legitimidad como elemento relevante para comprender el comportamiento de los ciudadanos. Claramente el punto requiere estudios adicionales.

<sup>7</sup> Toh ha planteado que la tesis de las fuentes normativas es equivocada y propone la existencia de afirmaciones normativas (*normative statements*) de carácter jurídico, antes que moral, que explican la identificación de qué es derecho (Toh, 2008).

<sup>8</sup> Raz (2009) ha cuestionado la tesis de Alexy, al señalar que su ataque contra el positivismo no se realiza contra las tesis contemporáneas, sino frente al positivismo normativo.

<sup>9</sup> Claramente el movimiento CLS no es propositivo, pero esto no altera la idea expuesta.

Sea la tesis<sup>10</sup> que se acoja, tienen en común que la identificación del derecho parte de la conducta de las autoridades estatales, a partir de lo que ellas reconocen como derecho<sup>11</sup>. El punto en cuestión es qué es relevante para dichas autoridades al momento de identificar qué es derecho. Si bien es claro que en todos los eventos el derecho estatuido (o el precedente y la costumbre) es un momento crucial, lo cierto es que, si se toma en consideración los estudios de psicología social, también las consideraciones morales (entendido como valores propios y de la sociedad a la que pertenece) de la autoridad, en tanto que ejercido por personas, serán relevantes.

Esto ocurre por dos razones. De una parte, la comprensión del contenido normativo de un texto normativo (el ejercicio hermenéutico) es dependiente del contexto social en el cual se encuentra inmersa la persona. No se trata de situaciones de vaguedad o de ambigüedad, sino de los valores subyacentes al orden social, que afectan la lectura del derecho y la construcción de la norma. Valores que inciden sobre la valoración fáctica (por ejemplo, definir si la conducta concreta se considera expresión de acoso) o la comprensión del derecho como un todo (por ejemplo, definir qué conducta se considera expresión de acoso). Aquí se sigue, en términos generales, la idea expuesta por Gadamer (1999).

Esto significa que la autoridad se encuentra atrapada por (y se encuentra inmerso en) el “ambiente” valorativo dentro del cual ejerce su labor. Ello explica que, ante textos normativos similares, en culturas distintas se logren comprensiones diversas sobre el derecho<sup>12</sup>.

Por otro lado, y ligado a lo anterior, ante opciones de comprensión en pugna, la autoridad (en tanto que ciudadano) tenderá a considerar correcta aquella que logre armonizar (coherencia) los valores sociales y los propios. En otras palabras, aquella que estime legítima. Esto, ante

---

<sup>10</sup> No se consideran las tesis radicales formalista y iusnaturalista, quienes definen el derecho por el texto jurídico estatuido o la moral (cualquiera que ella sea).

<sup>11</sup> Aunque, debe advertirse, en el contexto latino hay cierta tendencia hacia el formalismo.

<sup>12</sup> Debe tenerse presente que las comunicaciones jurídicas entre distintas culturas pueden reducir tales diferencias. Por ejemplo, la comprensión del Código Civil de Chile y Colombia, escrito por el mismo autor, tenderá (o tendió) a ser semejante, habida consideración de las referencias cruzadas entre los doctrinantes de estos dos países (y con doctrinantes franceses), que habrá afectado la educación jurídica de los funcionarios judiciales.

el riesgo de que la decisión contraria le conduzca a la calificación de loco o de hereje (Castañeda, 2004)<sup>13</sup>.

### **De vuelta al caso.**

Si lo dicho hasta este momento se acepta, la situación desde la que se ha partido obliga a revisar las alternativas (i) que se trata de una interpretación equivocada del derecho, (ii) que se está ante una actuación y decisiones violatorias del derecho y, (iii); finalmente, que se está ante una construcción discutida de derecho.

Comencemos con la segunda alternativa. Esta puede entenderse de dos maneras. Una, que la decisión conduce a la violación del derecho, lo que nos lleva a la primera opción. Otra, que el juez decidió violar el derecho. Esta postura supone una conducta de carácter doloso, en tanto que el juez debería ser consciente de que el elemento adicional indicado antes no había sido mandado por el legislador y, a pesar de ello, decidió convertirlo en un elemento exigido normativamente. Si efectivamente se está ante un caso de prevaricación, nuestro análisis debe terminar, pues habría consciencia del (y consenso sobre el) “sentido de la ley” y simplemente se está frente a un delito. Sin embargo, si se asume que el juez (y las partes) asumieron de buena fe que en efecto dicho elemento adicional si era normativamente exigible, debemos ir a las opciones (i) y (iii).

La primera opción plantea que se está ante un caso de interpretación equivocada del derecho. Esta parece ser el entendimiento ordinario de la situación, pues basta acudir al principio hermenéutico (del derecho) “donde el legislador no distingue no le es dado al intérprete distinguir”, para advertir que el elemento adicional no se había introducido (distinguido) por parte del legislador. Así, es “obvio” que el juez erro en su interpretación del derecho.

No obstante, ello choca con la evidencia. Según el estudio de Alvear & Jaramillo, los ciudadanos y las autoridades judiciales involucradas entendieron que en efecto sí se debía

---

<sup>13</sup> Castañeda utiliza estas figuras para dar cuenta de la manera en que Wittgenstein trata, en *Sobre la certeza*, las relaciones con el sistema de sobreentendidos que subyacen a los juegos de lenguaje. La distinción apunta a la distinta manera en que se trata a quien se separa de esa red de sobreentendidos. En el caso del loco, se asume que no comprende los sobreentendidos, por lo que es necesaria su sanación. Frente el hereje, se le combate, pues se supone que comparte los sobreentendidos y se ha desviado. Castañeda indica que esa es la actitud de algunas comunidades. Tal sería el caso de la comunidad científica y, en general, la académica. También podría estar en la base de funciones de instituciones políticas, religiosas y sociales.



considerar como exigible la condición adicional aludida. Este comportamiento es indicativo del proceso de identificación del derecho. Esa identificación está vinculada al contexto valorativo en el que operan (hecho social). Así, podría decirse, el “ambiente” valorativo llevaba a que el elemento adicional fuese “naturalmente” incluido en la identificación del derecho. Entendido de esta manera, los ciudadanos actuaron, al igual que las autoridades judiciales decidieron, dentro y de conformidad con ese contexto.

Esto, con todo, no dice nada novedoso, pues, es bien conocido que en la interpretación siempre el contexto estará presente. Precisamente, este es el punto de la tesis de los CLS, entre otros. Tampoco dice nada sobre la tercera alternativa, esto es, que se está frente a una “construcción discutida de derecho”. Finalmente, se podría acusar de que se enfrenta un asunto teórico a partir de un caso particular.

#### **Interpretación discutida de derecho.**

A fin de que la tesis que se quiere defender sea sólida, primero habrá de enfrentar las observaciones primera y tercera del punto anterior, para luego detenernos en la idea de “interpretación discutida de derecho”.

La última de las observaciones, esto es, que se enfrenta un problema teórico a partir de un caso particular, en nada desdice del análisis que se plantea. De hecho, en la tradición jurídica ésta es una práctica habitual como lo atestiguan los textos de autores como Raz, Alexy, García Amado, Atienza, Aguiló, Hart, entre muchos<sup>14</sup>. Esto, empero, no resuelve el punto, pues en algunos de esos casos el caso empírico muestra la verdad, corrección o admisibilidad de la tesis, mientras que acá el caso es el que nos genera las preguntas. Pues bien, si se parte de que la tesis de las fuentes sociales, en los términos antes explicados, está en la base de las distintas escuelas jurídicas, necesariamente el comportamiento de las autoridades (que serían las primeras llamadas a identificar qué es derecho), se torna absolutamente relevante<sup>15</sup>.

Algunos podrían admitir este punto, pero aún cuestionar el caso, pues es en extremo discutible que la solución sea conforme a derecho. Esta observación yerra la cuestión, pues

---

<sup>14</sup> Cabe señalar que esta es, además, una de las líneas tradicionales de la dogmática jurídica (Courtis & Atienza, 2006).

<sup>15</sup> No sobrar subrayar la importancia de considerar el análisis teórico a partir de y como un diálogo entre praxis y la teoría (López Sterup, 2017)

no se está analizando si la decisión es conforme o no a derecho. Se puede conceder, sin más, que se trata de una postura incompatible con el orden jurídico (claro, bajo determinada concepción de qué es Derecho). El punto es qué interviene en la identificación del derecho por parte de estas autoridades. En textos de positivistas que defienden la tesis de las fuentes sociales, se suele pasar inadvertido qué ocurre realmente. Es bastante sencillo sostener que la tesis de las fuentes sociales se basa en el comportamiento (sea como se entienda), sin entrar a analizar qué factores explican dicho comportamiento y cuál es su contenido (si es que cabe decir que del comportamiento se deriva un contenido). Pero ese contenido, esto es, los factores que identifican qué es derecho, es lo que interesa, pues permite comprender nuestro objeto de estudio: el Derecho.

La primera objeción que se planteó antes, relacionado con el vínculo entre contexto e interpretación es más difícil de enfrentar. Esto, por cuanto tienen razón. No es novedoso vincular interpretación y contexto, más cuando antes se ha acudido a Gadamer en este estudio. De hecho, dicho vínculo estaría en la línea de Dworkin, en cuanto entiende el derecho como una práctica social y una práctica interpretativa (Lifante Vidal, 2015)<sup>16</sup>. No obstante, lo que se desea subrayar es la fuerza de ese contexto o “ambiente” valorativo, cuestión que no se capta claramente en las diversas tesis sobre la relación entre derecho e interpretación, pues aunque siempre pueda entenderse que la práctica interpretativa constructiva del derecho busca lograr el mejor ejemplo de esa práctica (Dworkin, 1988) o que la interpretación busca establecer el sentido genuino de un texto de difícil comprensión, pareciera asumirse que la interpretación conduce a un ajuste “palabras-a-autoridad”, a fin de que se establezca la genuina intención del productor normativo y, luego, lograr un ajuste “mundo-a-autoridad”, a fin de que se realice el derecho.

Esta actitud ante la interpretación da por descontado que la autoridad tiene la capacidad (en sentido natural) de modificar completamente el mundo. Esto, precisamente, se pone en duda.

---

<sup>16</sup> Esta tesis, claro está, no es acogida por todos. Andrei Marmor, por ejemplo, ha presentado objeciones que se basan en la idea de que en la comunicación ordinaria no toda comunicación demanda interpretación, pues el mensaje es claro y, esto, precisamente, ocurre con el derecho. Los casos en que el juez esclarece el sentido del derecho y fija uno, es uno de actividad creativa del juez, no necesariamente de interpretación (Marmor, 2011). Tesis que no se objeta, siempre y cuando se entienda por interpretación el esclarecimiento de un texto oscuro (o comunicación oscura), que es una de las opciones para entender el concepto de interpretación (Guastini, 1999). Cosa distinta es que el concepto de interpretación tenga un sentido más amplio, postura desde la cual se parte en este estudio.

No se trata de la imposibilidad de modificar aquello que va más allá del poder de la autoridad, ni de las limitaciones fácticas, como lo advierte Alexi con su teoría de los principios jurídicos. El “ambiente” valorativo constituye una limitación adicional a dicha capacidad. Condiciona el alcance y la eficacia de su producción normativa.

Se podría objetar que, contrario a lo que se afirma, a través del derecho la autoridad pretende cambiar dicha realidad y que, de hecho, ello ocurre. Eso no se niega, pues es claro que cuando la autoridad<sup>17</sup> tiene consciencia del “ambiente” valorativo, no solo puede utilizar el derecho con una finalidad reguladora, sino también como un medio de direccionar la sociedad de la que es parte y generar una transformación del contexto valorativo. Empero, cuando tal consciencia no está presente, como sería lo propio en muchas regulaciones adoptadas democráticamente<sup>18</sup>, dicho contexto se vuelve parte integral de la identificación del derecho.

Con esto último, es posible arribar a la idea de “construcción discutida de derecho”. Con ella hago referencia a las interpretaciones<sup>19</sup> y construcciones del derecho que son acríticas frente al “ambiente” valorativo en el que se insertan y cuya relación únicamente se hace patente al discutirlos. Ello permite distinguir entre los casos en los cuales existe un consenso explícito sobre ciertos valores y cómo deben afectar la interpretación jurídica, por ejemplo, la raza como criterio sospechoso de trato desigual injustificado, de aquellos en que tal consenso no se da en tales condiciones. Supone, claro está, que existe un consenso tácito (en tanto que se participa del ambiente) que no se explicita. Es probable que no exista consciencia de dicho consenso. Por decirlo en términos coloquiales, es el caso de que la valoración -positiva o negativa- “nunca se me pasó por la cabeza”, pero ahí está.

Es una construcción “de derecho”, en la medida que pone de relieve que la identificación del derecho está determinada por ese elemento proveniente del “ambiente” valorativo, que se discute y es ajeno a la actividad productora del derecho.

---

<sup>17</sup> La apelación a la expresión autoridad se hace en un sentido amplio, que involucra cualquier agente investido del poder normativo, no interesa si es el legislador, el juez o la administración.

<sup>18</sup> Debido a la conformación de los parlamentos por ciudadanos y no por técnicos. Los primeros tenderán, salvo consciencia de ello, a reproducir o asumir dicho ambiente valorativo. Claro, es posible que los segundos también.

<sup>19</sup> Que, en este punto, entiendo interpretación a la manera de Dworkin e, inclusive, bajo el esquema que presentan Marmor y Lifante (Lifante Vidal, 2015; Marmor, 2011)

Así pues, la decisión en el caso que analizan las profesoras Alviar y Jaramillo sería expresión de esta “construcción discutida de derecho”. Pasando al caso real analizado por ellas, del texto normativo “A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual” no se desprendió la norma Si P, J y CE  $\rightarrow$  X, donde P es igual puesto, J es igual jornada, CE es iguales condiciones de eficiencia y X es la obligación de dar el mismo salario, sino la norma Si P, J, CE y FA  $\rightarrow$  X, donde FA es igual formación académica. La introducción del elemento FA, como se ha planteado, no responde a una intención (a manera de dolo) discriminatoria y no se explica simplemente como una errada interpretación del derecho, sino que al identificar el derecho (la norma y no sólo el texto normativo), tanto el juez como los demandados asumieron que dicha identificación debía incluir los valores del contexto. En este caso, que la formación académica es determinante. Se está, entonces, ante una norma discutida.

Es claro que “a ninguno se le pasó por la cabeza” que el legislador no había introducido en el supuesto de hecho de la norma el elemento de identidad de circunstancias académicas, para efectos de garantizar el salario igual a trabajo igual. Seguramente es expresión de valores patriarcales, como lo plantean las autoras, o elitistas. Ambas imperantes en el contexto iberoamericano. En el primer evento, la sociedad valoraría más el trabajo masculino y, en el segundo, el de la élite preparada. Sólo al advertir que la interpretación “natural” era cuestionable, surgen estos elementos a consideración.

Algunos dirán, “bien y ¿para qué nos sirve esto?”. Por un lado, permite comprender mejor la praxis jurídica. Precisamente buena parte de los casos de exclusión y de discriminación están dominados por este comportamiento acrítico. Únicamente somos conscientes de la exclusión y de la discriminación cuando se nos presenta; esto es, cuando se discuten las interpretaciones. Así, los estudios críticos (sean del corte que sean) permite advertir de este contexto valorativo y, así, revelan su utilidad práctica<sup>20</sup>. Restaría por establecer la manera de enfrentar esta praxis. Tanto algunos positivistas como los críticos y realistas son poco

---

<sup>20</sup> Es muy probable que para quienes siguen las líneas del CLS, las corrientes feministas u otras escuelas críticas, consideren que lo expuesto corresponde, en parte, a sus tesis. En particular a partir de la idea de dominación que les subyace. Este punto se puede conceder. Empero, se discute el que a partir de ello tales posturas terminen por desconocer el carácter normativo del derecho y reduzcan el orden jurídico a relaciones de poder. La utilidad práctica de tales estudios se evidencia al mostrar la insuficiencia de las restantes (¿ortodoxas?) líneas de investigación.

optimistas o rechazan de plano la posibilidad misma de la razón práctica. En buena medida dicho rechazo se explica por la consideración de que, más allá de las reglas (o a pesar de ellas) se está ante un espacio de mera volición. Al introducir el elemento de legitimidad, en el sentido planteado en este texto, que parte de la coherencia entre valores propios, los sociales y el mandato jurídico, se abre la posibilidad de comprender que tras la aparente volición hay, en realidad, un ejercicio de carácter justificatorio<sup>21</sup> (en muchos casos, fallido).

Por otro lado, al introducir estos elementos, se parte de una comprensión más compleja de la operación del Derecho y es posible cuestionar la adecuación de las teorías a la realidad. El ideal regulativo del derecho que opera sobre sí mismo (presente en las teorías sobre el derecho) ha de partir de una adecuada comprensión de la realidad sobre la que opera y que, a la vez, contribuye a construir. En caso contrario, termina por ser una idealización de la realidad, que corre el riesgo de ser una ideología. Punto ampliamente analizado por Bobbio, al considerar el positivismo ideológico.

Finalmente, abre un espacio para comprender el ejercicio del poder institucionalizado de manera distinta, en tanto que no es exclusivamente expresión de la imposición de la voluntad política, sino también un ejercicio dialéctico con el resto de la sociedad, del cual es parte dicho poder institucionalizado. Esto forzaría a revisar la idea de autoridad que el mundo jurídico asume acríticamente; tarea que, cabe señalar, demanda mayores investigaciones.

## **Bibliografía**

Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho* (Segunda). Barcelona: Editorial Gedisa.

Alviar García, H., & Jaramillo Sierra, I. C. (2012). *Feminismo y crítica jurídica : el análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Bogotá : Siglo del Hombre

---

<sup>21</sup> Soy consciente de que este punto puede parecer oscuro, pues el ejercicio justificatorio no es explícito y, en esa medida, no es uno de aquellos que ordinariamente se analicen en los estudios jurídicos, en tanto se trata de un ejercicio reflexivo (psicológico) que realiza la persona (en este caso, el juez). Sin embargo, cabe recordar, el realismo escandinavo lo tuvo como elemento a considerar. Ahora bien, desde otra perspectiva, si las normas son razones perentorias para la acción y la norma es el resultado de un ejercicio interpretativo ¿no resulta pertinente comprender el proceso interno de construcción de significados? Es probable que en la práctica esto exceda las posibilidades reales, pero en el plano académico la carga podría estar justificada.

Editores :

- Braman, E., & Easter, B. (2014). Normative legitimacy: Rules of appropriateness in citizens' assessments of individual judicial decisions. *Justice System Journal*, 35(3), 295–324. <https://doi.org/10.1080/0098261X.2014.920649>
- Castañeda, F. (2004). Interpretación e imagen de mundo en Wittgenstein. In C. B. Gutierrez (Ed.), *No hay hechos, sólo interpretaciones* (pp. 289–327). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Cohn, E. S., Trinkner, R. J., Rebellon, C. J., Van Gundy, K. T., & Cole, L. M. (2012). Legal Attitudes and Legitimacy: Extending the Integrated Legal Socialization Model. *Victims and Offenders*, 7(4), 385–406. <https://doi.org/10.1080/15564886.2012.713902>
- Coleman, J. L. (1982). Negative and positive positivism. *The Journal of Legal Studies*, XI, 139–164. <https://doi.org/10.1086/467696>
- Coleman, J. L. (1991). Rules and social facts. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 14, 703–725. Retrieved from [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers)
- Coleman, J. L., & Leiter, B. (1993). Determinacy, objectivity, and authority. *University of Pennsylvania Law Review*, 142, 549–637. <https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.
- Courtis, C., & Atienza, M. (2006). *Observar la Ley ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Trotta.
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia* (Primera). Barcelona: Gedisa.
- Gadamer, H.-G. (1999). *Verdad y método I* (Octava). Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo* (Primera). Barcelona: Editorial Gedisa.
- Jackson, J., Bradford, B., Hough, M., Myhill, A., Quinton, P., & Tyler, T. R. (2012). Why do people comply with the law? *British Journal of Criminology*, 52(6), 1051–1071. <https://doi.org/10.1093/bjc/azs032>
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial : el debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Ediciones Uniandes. Retrieved from <https://derecho.uniandes.edu.co/es/profesores/230-libertad-y-restriccion-en-la->

decision-judicial-

- Levi, M., Sacks, A., & Tyler, T. (2009). Conceptualizing Legitimacy, Measuring Legitimizing Beliefs. *American Behavioral Scientist*, 53(3), 354–375.  
<https://doi.org/10.1177/0002764209338797>
- Lifante Vidal, I. (2015). El derecho como práctica interpretativa. In *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*. (pp. 161–180). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Retrieved from <http://www.justitia.com.br/revistas/9a8c6y.pdf>
- López Sterup, H. (2017). *Protección judicial de los derechos sociales. El diálogo entre teoría y praxis* (Primera). Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Marmor, A. (2011). *Philosophy of law*. Princeton University Press.
- Oceja, L. V, Fernández-Dols, J. M., González, A., Jiménez, I., & Berenguer, Y. J. (n.d.). ¿Por qué cumplimos las normas? Un análisis psicosocial del concepto de legitimidad. Retrieved from <https://www-tandfonline-com.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/doi/pdf/10.1174/021347401317351189>
- Raz, J. (2002, September 9). Practical Reason and Norms. *OXFORD University Press*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198268345.001.0001>
- Raz, J. (2009). *The Authority of Law* (Second). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Toh, K. (2008, September 7). An argument against the social fact thesis (and some additional preliminary steps towards a new conception of legal positivism). *Law and Philosophy*. Springer Netherlands. <https://doi.org/10.1007/s10982-008-9024-z>
- Tyler, T. R. (2006). Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation. *Annual Review of Psychology*, 57(1), 375–400.  
<https://doi.org/10.1146/annurev.psych.57.102904.190038>
- Unger, R. M. (1986). *The critical legal studies movement*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press.